

(١٤٩٤)

تولي طرفي العقد

مسائل وأحكام

من مصنفات الفقه

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٦هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

WWW.NSOOOS.COM

"ولو مع غيبة الآخر وسخطه. والملك مدة الخيارين للمشتري.وله نماؤه المنفصل وكسبه. ولا يصح تصرف أحدهما في المبيع ولا في عوضه المعين فيها بغير إذن الآخر (١). فإن فعل أو مات سقط خياره. ولا يقبل من بائع أو مشتر أنه اختار أو رد إلا ببينة. وإن اختارا أو أحدهما إمضاء البيع قبل التفرق لزم البيع حينئذ وبطل اعتبار التفرق. قال ابن القيم إذا أسقطا الخيار قبل التفرق سقط على الصحيح ودل عليه النص. ولأنهما عقدا العقد على هذا الوجه. ولأن الخيار حق لهما فيسقط بإسقاطهما أو أحدهما. ويبقى خيار من لم يسقطه.(فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك) أي بأن خير أحدهما الآخر (فقد وجب البيع) أي لزم وتم ونفذ على ما تبايعا عليه (وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع متفق عليه)، وفي رواية "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يختارا" وعن حكيم بن حزام نحوه. وقال الوزير اتفقوا على أنه إذا وجب البيع وتفرقا من المجلس من غير خيار فليس لأحدهما الرد إلا بالعيب ويستثنى من البيع الكتابة كما تقدم. لكونها تراد للعتق. وتولي طرفي العقد لانفراد العاقد بالعقد. وشراء من يعتق عليه لعتقه بمجرد الانتقال. أو اعترف بحريته__________(١) هذا فيما إذا كان الإذن بعد العقد ودخلا في البيع على أصله الشرعي وإلا فإن أراداه قبل العقد لانتفاع المشتري بغلة المبيع لأن الذي يقبضه البائع قرضا فيكون الخيار حيلة ليربح في قرض وهو حرام. مؤلفه.." (١)

"قول أبي حنيفة، حتى أنه لا يعزل نفسه إلا بحضرة الموكل، وقال الشيخ: وعلى القول بالعزل فتصرفاته صحيحة أيضا.وعند الجمهور لا يبيع لنفسه ولا يشتري من نفسه لئلا تلحقه التهمة. وحيث حصلت التهمة لم يصح. وعن أحمد جوازه إذا زاد على مبلغ ثمنه. وفي الإنصاف احتمال لا يعتبر. لأن دينه وأمانته تحمله على الحق. وربما زاد خيرا. ومحل الخلاف ما لم يأذن له وإلا جاز. ويتولى طرفي العقد.(وعن عروة) بن الجعد ويقال ابن أبي الجعد (البارقي) حضر فتوح الشام ونزلها. وسيره عثمان إلى الكوفة. قيل رؤي في داره ستين فرسا مربوطة (أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أعطاه دينارا ليشتري له به شاة) وفي لفظ أضحية (فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار) ضرب معروف من الذهب (وجاءه بدينار وشاة) وروي من حديث حكيم بن حزام نحوه (فدعا له بالبركة) في بيعه (رواه البخاري) وفيه وكان لو اشترى ترابا لربح فيه ببركة دعائه – صلى الله عليه وسلم – وفيه وفي غيره مما تقدم وغيره ما ينيف على ثلاثين حديثا تدل على

---

(١) الإحكام شرح أصول الأحكام لابن قاسم، عبد الرحمن بن قاسم ١٣٧/٣

صحة الوكالة فيما تقدم وغيره وتقدم أنه إجماع.وفي هذا الحديث دليل على صحة العقد الموقوف. وهو مذهب جماعة من السلف. وأنه يجوز للوكيل إذا قال له الموكل اشتر بهذا الدينار شاة مثلا ووصفها أن يشتري به شاتين بالصفة المذكورة. لأن مقصود الموكل قد حصل. وزاده الوكيل خيرا.." (١)

" اختص الأب و الجد للأب بأحكام

و اختص الأب و الجد للأب بأحكام

منها : ولاية المال و قيل : تولى الأم أيضا

و تولى **طرفي العقد** في البيع و نحوه

و ولاية الإجبار في النكاح : للبنت و الابن

و الصلاة في الجنازة و العفو عن الصداق على القديم

و الإحرام عن الطفل و المجنون و قيل : يجوز للأم أيضا

و قطع السلعة و اليد المتآكلة إذا كان الخطر في الترك أكثر

و اعلم أن الجد في كل ذلك معتبر بفقد الأب و قيل : له الإحرام مع و جوده

و اختص الأب بان فقده شرط في اليتم و لا أثر لوجود الجد

و اختص الجد للأب بأنه يتولى **طرفي العقد** في تزويج بنت ابنه بابن ابنه الآخر

و اختصت الأم بامتناع التفريق كما تقدم

قاعدة

كل موضع كان للأم فيه مدخل فالشقيق مقدم فيه قطعا كالإرث و مهر

و كل موضع لا مدخل لها فيه ففي تقديمه خلاف و الأصح أيضا : تقديمه كصلاة الجنازة و ولاية النكاح

قاعدة أخرى

لا يقدم أخ لأم و ابنه على الجد إلا في الوصية أو الوقف لأقرب الأقارب

و لا أخ شقيق أو لأب على الجد إلا في ذلك و في الولاء

فائدة

قال البلقيني : الجد أبو الأب ينقسم في تنزيله منزلة الأب و عدم تنزيله منزلة الأب إلى أربعة أقسام

---

(١) الإحكام شرح أصول الأحكام لابن قاسم، عبد الرحمن بن قاسم ٣/ ٢٥٠

منها : ما هو كالأب قطعا

و ذلك : في صلاة الجنازة بولاية النسب و ولاية المال و ولاية النكاح بالنسب و أنه لا يجوز للأب أن يوصي على الأولاد مع وجود أبي أبيه كما لا يجوز أن يوصي عليهم مع وجود أبيه و في الإجبار للبكر الصغيرة و الحضانة و الإعفاف و الإنفاق و عدم التحمل في العقل و العتق بالملك و عدم قبول الشهادة له و العفو عن الصداق

إن قلنا به

و ليس كالأب قطعا :

أنه لا يرد الأم إلى ثلث ما يبقى في صورة : زوج : و أبوين أو زوجة و أبوين فلو كان بدل الأب جد أخذت الأم الثلث كاملا

و أن الأب يسقط أم نفسه و لا يسقطها الجد

و كالأب على الأصح :

في أنه يجمع بين الفرض و التعصيب و أنه يجبر البكر البالغة و أن له الرجوع في هبته له و أنه لا يقتل بقتله

و ليس كالأب على الأصح :

في أنه لا يسقط الأخوة و الأخوات لأبوين أو لأب بل يشاركهم و يقدم أخ المعتق العاصب على جده في الإرث و التزويج و صلاة الجنازة و الوصية لأقرب الأقارب و يدخل في الوصية للأقارب و لا يحتاج إلى فقده في الوصية لليتامى و لا في قسم الفيء و الغنيمة

فائدة

قال في اللباب : يترتب على النسب إثنا عشر حكما :

توريث المال و الولاية و تحريم الوصية و تحمل الدية و ولاية التزويج و ولاية غسل الميت و الصلاة عليه و ولاية المال و ولاية الحضانة و طلب الحد و سقوط القصاص و تغليظ الدية ." (١)

" فروع جرى فيها الخلاف

و هذه فروع جرى فيها خلاف

الأول : الشهادة

---

(١) الأشباه والنظائر – شافعي، المؤلف غير معروف ص/٤٥١

و لا خلاف عندنا في اشتراط العدد فيها : إلا في هلال رمضان ففيه قولان أصحهما عدم اشتراطه و قبول الواحد فيه

و اختلف على هذا هل هو جار مجرى الشهادة أو الرواية ؟ قولان

أصحهما : الأول

و ينبني عليهما قبل المرأة و العبد فيه و المستور و الإتيان بلفظ الشهادة و الاكتفاء فيه بالواحد عن الواحد

و الأصح في الكل : مراعاة حكم الشهادة إلا في المستور

و حيث قبل الواحد فذاك في الصوم و صلاة التراويح دون حلول الآجال و التعليقات و انقضاء العدد

و نظير ذلك : لو شهد واحد بإسلام ذمي مات قبل في وجوب الصلاة عليه على الأرجح دون إرث قريبه المسلم و منع قريبه الكافر اتفاقا

و نظيره أيضا : لو شهد بعد الغروب يوم الثلاثين برؤية الهلال الليلة الماضية لم تقبل هذه الشهادة إذ لا فائدة لها إلا تفويت صلاة العيد

نعم : تقبل في الآجال و التعليقات و نحوها

الثاني : الرواية

و الجمهور على عدم اشتراط العدد فيها

و منهم : من شرط رواية اثنين و قيل أربعة

و قد ذكرت حجج ذلك وردها في شرح التقريب و التيسير مبسوطا

الثالث : الخارص

و فيه قولان :

أصحهما : الاكتفاء بالواحد تشبيها بالحكم

و الثاني : غلب جانب الشهادة

و في وجه ثالث : إن خرص على محجور أو غائب شرط اثنان و إلا فلا

و على الأول : الأصح : اشتراط حريته و ذكورته كما في هلال رمضان

الرابع القاسم

القاسم : و فيه قولان لتردده أيضا بين الحاكم و الشاهد و الأصح : يكفي واحد

الخامس المقوم

و يشترط فيه العدد بلا خلاف عندنا لأن التقويم شهادة محضة و مالك ألحقه بالحاكم

السادس القائف

و فيه خلاف لتردده بين الرواية و الشهادة

و الأصح : الاكتفاء بالواحد تغليبا لشبه الرواية لأنه منتصب انتصابا عاما لإلحاق النسب

السابع : المترجم كلام الخصوم للقاضي

و المذهب : اشتراط العدد فيه

الثامن : المسمع

إذا كان القاضي أصم

و الأصح اشتراط العدد فيه

و الثاني : غلب جانب الرواية

و الثالث : إن كان الخصمان أصمين أيضا اشترط و إلا فلا

و أما إسماع الخصوم كلام القاضي و ما يقوله الخصم : فجزم القفال بأنه لا حاجة فيه إلى العدد و كأنه اعتبره رواية فقط

التاسع : المعرف

ذكر الرافعي في الوكالة فيما إذا ادعى الوكيل لموكله الغائب و هو غير معروف أن العبادي قال : لا بد و أن يعرف بالموكل شاهدان يعرفهما القاضي و يثق بهما

قال : هذه عبارة العبادي و الذي قاله العراقيون : أنه لا بد من إقامة البينة على أن فلان بن فلان وكله

و قال القاضي أبو سعد في شرح مختصر العبادي : يمكن أن يكتفي بمعرف واحد إذا كان موثوقا به كما ذكر الشيخ أبو محمد : أن تعريفه في تحمل الشهادة عليها يحصل

بمعرف واحد لأنه إخبار و ليس بشهادة

العاشر : بعث الحكم عند الشقاق

هل يجوز أن يكون واحدا ؟ و فيه وجهان

اختار ابن كج : المنع لظاهر الآية

قال الرافعي : و يشبه أن يقال : إن جعلناه تحكيما لم يشترط فيه السد أو توكيلا فكذلك إلا في الخلع فيكون على الخلاف في تولي الواحد **طرفي العقد**

الحادي عشر

اختلف المتبايعان في صفة هل هي عيب ؟

قال في التهذيب : يرجع إلى قول واحد من أهل الخبرة بأنه عيب يثبت به الرد

و اعتبر صاحب التتمة شهادة اثنين لقوة شبهه بالشهادة كالتقويم

و لو اختلف الزوجان في قرحة هل هي جذام ؟ أو في بياض هل هو برص ؟ اشترط فيه شهادة شاهدين عالمين بالطب

كذا جزم به في أصل الروضة في النكاح

الثاني عشر : في الرجوع إلى قول الطبيب

و ذلك في مواضع

أحدها : في الماء المشمس على الوجه القائل بمراجعة أهل الطب

قال في البيان إن قال طبيبان : إنه يورث البرص كره و إلا فلا

قال في شرح المهذب : و اشتراط طبيبين ضعيف بل يكفي واحد فإنه من باب الإخبار

ثانيها : اعتماده في المرض المبيح للتيمم و الذي قطع به الجمهور أنه يكفي قول طبيب واحد

و في وجه : لا بد من اثنين

و في ثالث : يجوز اعتماد العبد و المرأة

و في رابع : و الفاسق و المراهق

و في خامس : و الكافر

ثالثها اعتماده في كون المرض مخوفا في الوصية

قال الرافعي : لا بد فيه من الإسلام و البلوغ و العدالة و الحرية و العدد

قال : و لا يبعد جريان الخلاف الذي في التيمم هنا

و قال النووي : المذهب الجزم باشتراط العدد و غيره لأنه يتعلق به حقوق آدميين من الورثة و الموصي لهم فاشترط فيه شروط الشهادة لغيره بخلاف الوضوء فأنه حق الله و له بدل

رابعها : اعتماده في أن المجنون ينفعه التزويج و كذا المجنونة

و عبارة الشرح و الروضة تقتضي اشتراط العدد و حيث قالا عند إشارة الأطباء و في موضع أرباب الطب

و عبارة الشامل : إذا قال أهل الطب

قال العلائي : و لم أجد أحدا تعرض للاكتفاء فيه بواحد و لا يبعد لأنه جار مجرى الإخبار ." (١)

"ومما لا يقع فيه الخيار العتق ، فإذا اشترى رجل من آخر رقيقا يعتق عليه ، أو يقول المشتري : إذا اشتريت فلانا فهو حر ، فإذا اشتراه فإنه يعتق مباشرة ولا خيار ، وذلك لتشوف الشارع إلى العتق ، ومثل ذلك الكتابة ، فلو أن رجلا كاتب مملوكه على كذا وكذا من الأقساط يدفعها له شهريا أو سنويا ، فليس للسيد الخيار في مثل هذا العقد ، وإن كان بمعنى البيع ، وذلك للعلة السابقة ، وهي تشوف الشارع إلى العتق ، قالوا : ومثل ذلك إذا كان متولي **طرفي العقد** واحد ، كرجل وكل من بائع أن يبيع له ، ومن مشتري أن يشتري له ، فهنا لا خيار ، إذ لا يمكن إثبات الخيار لتعذر التفرق في الشخص الواحد .وقال بعض أهل العلم من الحنابلة : بل يثبت الخيار ، ويكون الخيار ما دام في المجلس الذي أوقع فيه العقد، والذي يظهر هو القول الأول ، وان هذا إنما حيث كان طرفا العقد شخصين ، لئلا تخرج السلعة من صاحبها إلا بعد الرضا التام ، وحيث كان واحدا فإن هذا لا يحتاج إليه ، إلا أن يكون الخيار له بالنظر في مصلحة كل من الطرفين الذين تولى عنهما البيع والشراء فقد يكون في القول الثاني قوة .* وهل يورث الخيار ؟فيه قولان في المذهب ، ومثاله : إذا مات الرجل في مجلس الخيار ، فهل يورث خياره أم لا ؟ فقال بعضهم إنه لا يورث ، لأن الموت أعظم فرقة ، وهذا هو المشهور من المذهب ، وقال بعض أهل العلم إنه يورث ، وهذا هو القول الثاني في المذهب ، وذلك لأن الخيار حق له فيورث كسائر الحقوق ، والقول الأول أظهر لأن الأصل لزوم البيع والموت أعظم فرقة .قوله [وإذا مضت مدته لزم البيع]أي إذا تفرقا في مدته لزم البيع ، ولهذا قال النبي – صلى الله عليه وسلم – :(فإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع) ، فمراد المؤلف بقوله (وإذا مضت مدته) أي مدته التي تقدمت أنها معتبرة بحسب العرف ، وهو التفرق العرفي بالأبدان .." (٢)

---

(١) الأشباه والنظائر – شافعي، المؤلف غير معروف ص/٦١٧

(٢) شرح الزاد للحمد، المؤلف غير معروف ١٣/٨٠

"١) القول الأول: أن النكاح صحيح وهو المذهب، وذلك لأن المرأة لا يفوض إليها الطلاق، فليس الأمر بيدها بخلاف الزوج فإن الأمر بيده ولذا لعن النبي – صلى الله عليه وسلم – المحلل والمحلل له، ولم يذكر المرأة لأنه ليس بيدها شئ، وهناك قول في المذهب: أن النكاح صحيح في الظاهر باطل في الباطن وعليه فإنه تسعى ولو بالمخالفة لمفارقته لأنه باطل في الباطن، لأن المرأة أحد **طرفي العقد**، والذي يتبين هو القول الأول لأنها ليس بيدها .الدرس التاسع والعشرون بعد الثلاثمائةفصلهذا الفصل في النوع الثاني من القسم الثاني من الشروط الفاسدة فقد تقدم أن الشروط الفاسدة نوعان:١) شروط فاسدة تبطل النكاح .٢) وشروط فاسدة لا تبطل النكاح فالنكاح يصح والشرط يفسد.قال:[وإن شرط أن لا مهر لها]فإذا شرط ألا مهر لها فإن النكاح يصح والشرط يفسد وعليه، فيجب لها مهر المثل، واختار شيخ الإسلام وهو مذهب مالك، وقال شيخ الإسلام وهو مذهب أكثر السلف أن النكاح يفسد، فالعقد يفسد، وذلك لأن العقد الذي لا مهر فيه عقد فاسد كنكاح الشغار، فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – قد أبطل نكاح الشغار لأنه لا صداق فيه، ولم يصححه النبي – صلى الله عليه وسلم – وأوجب مهر المثل، وهذا القول الراجح وأن النكاح لا يصح إلا بمهر.قال: [أو لا نفقة أو أن يقسم لها أقل من ضرتها أو أكثر]." (١)

"ومما لا يقع فيه الخيار العتق ، فإذا اشترى رجل من آخر رقيقا يعتق عليه ، أو يقول المشتري : إذا اشتريت فلانا فهو حر ، فإذا اشتراه فإنه يعتق مباشرة ولا خيار ، وذلك لتشوف الشارع إلى العتق ، ومثل ذلك الكتابة ، فلو أن رجلا كاتب مملوكه على كذا وكذا من الأقساط يدفعها له شهريا أو سنويا ، فليس للسيد الخيار في مثل هذا العقد ، وإن كان بمعنى البيع ، وذلك للعلة السابقة ، وهي تشوف الشارع إلى العتق ، قالوا : ومثل ذلك إذا كان متولي **طرفي العقد** واحد ، كرجل وكل من بائع أن يبيع له ، ومن مشتري أن يشتري له ، فهنا لا خيار ، إذ لا يمكن إثبات الخيار لتعذر التفرق في الشخص الواحد .وقال بعض أهل العلم من الحنابلة : بل يثبت الخيار ، ويكون الخيار ما دام في المجلس الذي أوقع فيه العقد، والذي يظهر هو القول الأول ، وان هذا إنما حيث كان طرفا العقد شخصين ، لئلا تخرج السلعة من صاحبها إلا بعد الرضا التام ، وحيث كان واحدا فإن هذا لا يحتاج إليه ، إلا أن يكون الخيار له بالنظر في مصلحة كل من الطرفين الذين تولى عنهما البيع والشراء فقد يكون في القول الثاني قوة .* وهل يورث الخيار ؟فيه قولان في المذهب ، ومثاله : إذا مات الرجل في مجلس الخيار ، فهل يورث خياره أم لا ؟ فقال بعضهم إنه لا يورث ، لأن الموت أعظم فرقة ، وهذا هو المشهور من المذهب ، وقال بعض أهل العلم إنه يورث ،

---

(١) شرح الزاد للحمد، المؤلف غير معروف ٦٨/٢٠

وهذا هو القول الثاني في المذهب ، وذلك لأن الخيار حق له فيورث كسائر الحقوق ، والقول الأول أظهر لأن الأصل لزوم البيع والموت أعظم فرقة .قوله [وإذا مضت مدته لزم البيع]أي إذا تفرقا في مدته لزم البيع ، ولهذا قال النبي – صلى الله عليه وسلم – :(فإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع) ، فمراد المؤلف بقوله (وإذا مضت مدته) أي مدته التي تقدمت أنها معتبرة بحسب العرف ، وهو الـتفرق العرفي بالأبدان .." (١)

"١) القول الأول: أن النكاح صحيح وهو المذهب، وذلك لأن المرأة لا يفوض إليها الطلاق، فليس الأمر بيدها بخلاف الزوج فإن الأمر بيده ولذا لعن النبي – صلى الله عليه وسلم – المحلل والمحلل له، ولم يذكر المرأة لأنه ليس بيدها شيء، وهناك قول في المذهب: أن النكاح صحيح في الظاهر باطل في الباطن وعليه فإنه تسعى ولو بالمخالفة لمفارقته لأنه باطل في الباطن، لأن المرأة أحد **طرفي العقد**، والذي يتبين هو القول الأول لأنها ليس بيدها .الدرس التاسع والعشرون بعد الثلاثمائةفصلهذا الفصل في النوع الثاني من القسم الثاني من الشروط الفاسدة فقد تقدم أن الشروط الفاسدة نوعان:١) شروط فاسدة تبطل النكاح .٢) وشروط فاسدة لا تبطل النكاح فالنكاح يصح والشرط يفسد.قال:[وإن شرط أن لا مهر لها]فإذا شرط ألا مهر لها فإن النكاح يصح والشرط يفسد وعليه، فيجب لها مهر المثل، واختار شيخ الإسلام وهو مذهب مالك، وقال شيخ الإسلام وهو مذهب أكثر السلف أن النكاح يفسد، فالعقد يفسد، وذلك لأن العقد الذي لا مهر فيه عقد فاسد كنكاح الشغار، فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – قد أبطل نكاح الشغار لأنه لا صداق فيه، ولم يصححه النبي – صلى الله عليه وسلم – وأوجب مهر المثل، وهذا القول الراجح وأن النكاح لا يصح إلا بمهر.قال: [أو لا نفقة أو أن يقسم لها أقل من ضرتها أو أكثر]." (٢)

"ص –٢٦٥–...والمجنون، كالطفل في ذلك. قاله في الكفاية.السابع: إذا دعاه أحد الأبوين، وهو في الصلاة، ففيه أوجه. حكاها في البحر.أحدها: تجب الإجابة، ولا تبطل الصلاة.وثانيها تجب ولكن تبطل وصححه الروياني.وثالثها: لا تجب، وتبطل.قال السبكي، في كتاب بر الوالدين: المختار: القطع بأنه لا يجب إن كانت الصلاة فرضا، سواء ضاق الوقت أم لا ؛ لأنها تلزم بالشروع، وإن كانت نفلا. وجبت الإجابة، إن علم تأذيهما بتركها. ولكن تبطل.قال القاضي جلال الدين البلقيني: والظاهر: أن الأصول كلهم في هذا المعنى كالأبوين.الثامن: للأبوين منع الولد من الإحرام بحج التطوع.قال الجلال البلقيني: والظاهر:

(١) شرح الزاد للحمد، المؤلف غير معروف ٨٠/٤٥

(٢) شرح الزاد للحمد، المؤلف غير معروف ٦٨/٥٢

أنه يتعدى للأجداد والجدات أيضا.التاسع: لهم تأديب الفرع وتعزيره، وهذا، وإن فرضه الشيخان في الأب، فقد قال الجلال البلقيني: يشبه أن تكون الأم – إذا كان الصبي في حضانتها كذلك، فقد صرحوا في الأمر بالصلاة, والضرب عليها: بأن الأمهات كالآباء في ذلك.قلت: وكذا الأجداد والجدات.العاشر: لهم الرجوع فيما وهبوه للفروع بشرطه.والمذهب: أن الأب، والأم، والأجداد، والجدات، في ذلك سواء.الحادي عشر: تبعية الفرع في الإسلام إذا كان صغيرا.الثاني عشر: لا يحتسبون بدين الولد في وجه، جزم به في الحاوي الصغير.الثالث عشر: يسن أن يهنأ كل من الأصول بالمولود، واختص الأصول الذكور بوجوب الإعفاف، سواء الأب والجد له والجد للأم.واختص الأب والجد للأب بأحكام:منها: ولاية المال. وقيل: تلي الأم أيضا.وتولي **طرفي العقد** في البيع ونحوه.وولاية الإجبار في النكاح: للبنت، والابن.والصلاة في الجنازة، والعفو عن الصداق، على القديم.والإحرام عن الطفل والمجنون. وقيل: يجوز للأم أيضا.وقطع السلعة، واليد المتآكلة إذا كان الخطر في الترك أكثر.." (١)

"ص -٢٦٦-...واعلم أن الجد في كل ذلك معتبر بفقد الأب، وقيل: له الإحرام مع وجوده. واختص الأب بأن فقده شرط في اليتم، ولا أثر لوجود الجد.واختص الجد للأب بأنه يتولى **طرفي العقد** في تزويج بنت ابنه بابن ابنه الآخر. واختصت الأم بامتناع التفريق كما تقدم.قاعدة:كل موضع كان للأم فيه مدخل فالشقيق مقدم فيه قطعا، كالإرث، ومهر المثل.وكل موضع لا مدخل لها فيه، ففي تقديمه خلاف. والأصح أيضا: تقديمه. كصلاة الجنازة، وولاية النكاح.قاعدة أخرى:لا يقدم أخ لأم، وابنه على الجد إلا في الوصية، أو الوقف لأقرب الأقارب. ولا أخ شقيق، أو لأب على الجد إلا في ذلك، وفي الولاء.فائدة:قال البلقيني: الجد أبو الأب ينقسم في تنزيله منزلة الأب، وعدم تنزيله منزلة الأب إلى أربعة أقسام: منها: ما هو كالأب، قطعا.وذلك: في صلاة الجنازة بولاية النسب، وولاية المال، وولاية النكاح بالنسب، وأنه لا يجوز للأب أن يوصي على الأولاد، مع وجود أبي أبيه، كما لا يجوز أن يوصي عليهم، مع وجود أبيه، وفي الإجبار للبكر الصغيرة، والحضانة، والإعفاف، والإنفاق وعدم التحمل في العقل، والعتق بالملك، وعدم قبول الشهادة له، والعفو عن الصداق إن قلنا به.وليس كالأب قطعا في أنه لا يرد الأم إلى ثلث ما يبقى في صورة: زوج، وأبوين، أو زوجة وأبوين، فلو كان بدل الأب جد أخذت الأم الثلث كاملا.وأن الأب يسقط أم نفسه، ولا يسقطها الجد.وكالأب على الأصح في أنه يجمع بين الفرض والتعصيب وأنه يجبر البكر البالغة وأن له

(١) الأشباه والنظائر، المؤلف غير معروف ١/٤٢٤

الرجوع في هبته له، وأنه لا يقتل بقتله.وليس على الأصح في أنه لا يسقط الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب، بل يشاركهم ويقدم أخ المعتق العاصب على جده في الإرث والتزويج وصلاة الجنازة والوصية." (١)

"ص -٣٩٢-...العاشر:بعث الحكم عند الشقاق. هل يجوز أن يكون واحدا؟ فيه وجهان.اختار ابن كج: المنع، لظاهر الآية.قال الرافعي: ويشبه أن يقال: إن جعلناه تحكيما لم يشترط فيه العدد، أو توكيلا فكذلك، إلا في الخلع فيكون على الخلاف في تولي الواحد **طرفي العقد**.الحادي عشر:اختلف المتبايعان في صفة هل هي عيب؟.قال في التهذيب: يرجع إلى قول واحد من أهل الخبرة بأنه عيب يثبت به الرد. واعتبر صاحب التتمة شهادة اثنين، لقوة شبهه بالشهادة، كالتقويم.ولو اختلف الزوجان في قرحة هل هي جذام؟ أو في بياض هل هو برص؟ اشترط فيه شهادة شاهدين عالمين بالطب.كذا جزم به في أصل الروضة ؛ في النكاح.الثاني عشر:في الرجوع إلى قول الطبيب، وذلك في مواضع:أحدها: في الماء المشمس على الوجه القائل بمراجعة أهل الطب.قال في البيان: إن قال طبيبان إنه يورث البرص كره، وإلا فلا.قال في شرح المهذب: واشتراط طبيبين ضعيف، بل يكفي واحد، فإنه من باب الإخبار.ثانيها: اعتماده في المرض المبيح للتيمم، والذي قطع به الجمهور أنه يكفي قول طبيب واحد.وفي وجه: لا بد من اثنين.وفي. ثالث: يجوز اعتماد العبد والمرأة.وفي رابع: والفاسق والمراهق.وفي خامس: والكافر.ثالثها: اعتماده في كون المرض مخوفا في الوصية.قال الرافعي: لا بد فيه من الإسلام والبلوغ والعدالة والحرية والعدد.قال: ولا يبعد جريان الخلاف الذي في التيمم هنا.وقال النووي: المذهب الجزم باشتراط العدد وغيره لأنه يتعلق به حقوق آدميين.." (٢)

"١١١١ - . مسألة : (وليس العبد كفئا لحرة) [لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة حين عتقت تحت العبد] فإذا ثبت الخيار بالحرية الطارئة فبالسابقة أولى ولأن فيه نقصا في النصيب والاستمتاع والإنفاق ويلحق به العار فأشبه عدم المنصب وعنه ليست الحرية شرطا [لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة حين عتقت تحت عبد فاختارت فرقته : لو راجعتيه قالت : أتأمرني يا رسول الله ؟ قال : لا إنما أنا شفيع] ومراجعتها له ابتداء نكاح عبد لحرة١١١٢ - . مسألة : (ولا الفاجر كفئا لعفيفة) لقول الله سبحانه وتعالى : ﴿ أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون ﴾ ' سورة السجدة : الآية ١٨' ولأن الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية غير مأمون على النفس والمال مسلوب الولايات ناقص عند الله

(١) الأشباه والنظائر، المؤلف غير معروف ٤٢٥/١

(٢) الأشباه والنظائر، المؤلف غير معروف ٧٥/٢

سبحانه وعند خلقه فلا يجوز أن يكون كفئا للعفيفة ولا مساويا لها١١١٣ – . مسألة : (ومن أراد أن ينكح امرأة هو وليها فله أن يتزوجها من نفسه بإذنها) لما روي عن عبد الرحمن بن عوف أنه قال لأم حكيم ابنة قارظ : أتجعلين أمرك إلي ؟ قالت : نعم فقال : قد تزوجتك ولأنه صدر الإيجاب من الولي والقبول من الأهل فصح كما لو زوج الرجل عبده الصغير من أمته وعنه لا يجوز حتى يوكل غيره في أحد الطرفين لما روي أن المغيرة بن شعبة أمر رجلا يزوجه امرأة المغيرة أولى بها منه ولأنه وليها فجاز أن يتزوجها من وكيله كالإمام١١١٤ – . مسألة : (وإن زوج أمته عبده الصغير جاز أن يتولى **طرفي العقد**) وكذلك ولي المرأة مثل ابن العم والمولى والحاكم إذا أذنت له في نكاحها لحديث عبد الرحمن بن عوف١١١٥ – . مسألة : (وإذا قال لأمته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك بحضرة شاهدين ثبت العتق والنكاح) لما روى أنس [أن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها] متفق عليهفصل : (وللسيد تزويج إمائه كلهن وعبيده الصغار بغير إذنهم) لأنه عقد على منافعهم فملكه كإجارتهم." (١)

"﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ في هذه الآية إشكال معروف عند العلماء هل هي مجملة أو مبينة تكلمنا عليها بالتفصيل في شرح البلوغ ، والخلاصة أنها مبينة وليست بمجملة، وأنها أصل في حل البيوع حتى يدل الدليل على التحريم .الفائدة الثالثة : استفتح المصنف –رحمه الله– بهذه الآية لكي يقرر حل البيوع، وأن الأصل جوازها ، وقد أشار في روضة الناظر –وهو كتابه في الأصول– إلى ترجيحه للقول بأنها ليست بمجملة وأنها عامة، ومن هنا نفهم أن استفتاحه يقصد منه بناء الأصل في البيوع .الفائدة الرابعة والأخيرة : لماذا نقول : إن الأصل حل البيع قبل أن ندرس كتاب البيوع ؟ من أهم ما ينبغي في دراسة الفقه أي باب تدرسه أن تعلم أصله ، وتعلم دليل الأصل ، وتعلم المستثنى من هذا الأصل ، ووجه استثنائه ، فإذا جمعت هذه الأمور لم يشكل عليك شيء بإذن الله في الفقه ، أي باب من أبواب الفقه في العبادات والمعاملات تدرس ما هو الأصل فيه ، ثم تأخذ دليل الأصل ، ثم هل استثنى الله ورسوله –عليه الصلاة والسلام– من هذا الأصل شيئا ، وما هو الدليل على الاستثناء ، ومن هنا استفتح المصنف –رحمه الله– بالآية، فأشار إلى هذا أن الأصل في البيع الجواز والحل كما ذكرنا .قال رحمه الله : [والبيع معاوضة المال بالمال] : يقول رحمه الله : [والبيع] : أي حقيقة البيع عندنا معشر الفقهاء : مبادلة المال بالمال ، المبادلة : مفاعلة ، والمفاعلة في لسان العرب تستلزم وجود شخصين فأكثر، كالمشاتمة والمخاصمة، فلا تكون من شخص واحد ، فلما قال مبادلة أشار إلى **طرفي العقد** البائع والمشتري .مبادلة : المبادلة من

(١) العدة شرح العمدة، المؤلف غير معروف ٣٦١/١

البدل، والبدل هو العوض، تقول: هذا بدل من هذا أي عوض عنه ، والمعاوضة هي المبادلة ، فهذا عوض من هذا أي بدل منه وقائم مقامه .." (١)

"اجتماع التوكل في طرف واحد لطرفين

Q هل لأحد أن يكون وكيلا عن المدعي والمدعى عليه في نفس القضية؟ A لا يتصور هذا؛ لأنه إذا وكله هذا ووكله هذا فلا بد أنه سيحكم بنفسه، وفي هذه الحال لا تتصور الدعوى، وأما في غير ذلك فإنه يصح، فيصح مثلا أن يوكلك إنسان على تزويج ابنته، ويوكلك آخر على تزويجها له، فتقول: اشهدوا أني زوجت فلانة لفلان، وأني قبلتها عنه، ويسمى هذا تولي **طرفي العقد** كالوكيل في الشراء، يوكلك آخر لتشتري له شاة، ويوكلك آخر لتبيعها، فتقول: اشهدوا بأني اشتريت هذه الشاة التي وكلني صاحبها، وبعتها على فلان الذي وكلني للشراء، فتكون وكيلا للبائع ووكيلا للمشتري.." (٢)

"يثبت فيهما خيار وقيل هما اجارة وقد ذكرناه، فأما الحوالة والاخذ بالشفعة فهو عقد لازم يستقل به أحد المتعاقدين فلا خيار فيهما لان من لا يعتبر رضاه الخيار له، إذا لم يثبت في أحد طرفيه لا يثبت في الآخر كسائر العقود، ويحتمل أن يثبت الخيار للمحيل والشفيع لانه يقصد فيهما العوض فأشبها سائر عقود المعاوضات ﴿ مسألة ﴾ (ولكل واحد من المتبايعين الخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما لما ذكرناه) ولا خلاف في لزوم العقد بعد التفرق ما لم يكن سبب يقتضي جوازه مثل أن يجد في السلعة عيبا فيردها به أو يكون قد شرط الخيار مدة معلومة فيملك الرد فيها بغير خلاف علمناه بين أهل العلم، وفي معنى العيب أن يدلس المبيع بما يختلف به الثمن أو يشرط في المبيع صفة يختلف بها الثمن فيبين بخلافه أو يخبره في المرابحةبثمن حال وهو مؤجل ونحو ذلك وقد دل على لزوم البيع بالتفرق قول النبي صلى الله عليه وسلم " وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع " والمرجع في التفرق إلى عرف الناس وعاداتهم لان الشارع علق عليه حكما ولم يبينه فدل على انه أراد ما يعرفه الناس كالقبض والاحراز، فان كانا في فضاء واسع كالمسجد الكبير والصحراء فبأن يمشي أحدهما مستدبرا لصاحبه خطوات وقيل هو ان يبعد منه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة.قال أبو الحارث سئل أحمد عن تفرقة الابدان فقال إذا أخذ هذا هكذا وأخذ هذا هكذا فقد تفرقا.وروى مسلم عن نافع قال فكان ابن عمر إذا باع فأراد أن لا يقيله مشى هنيهة ثم رجع، وان كانا في دار كبيرة ذات مجالس وبيوت فالمفارقة أن يفارقه من بيت

---

(١) دروس عمدة الفقه للشنقيطي، المؤلف غير معروف ١٦٥/٥

(٢) شرح أخصر المختصرات، المؤلف غير معروف ٢٤/٣٨

إلى بيت أو إلى مجلس أو صفة أو من مجلس إلى بيت ونحو ذلك، فان كانا في دار صغيرة فإذا صعد أحدهما السطح أو خرج منها فقد فارقه، وإن كانا في سفينة صغيرة خرج أحدهما منها ومشى، وإن كانت كبيرة صعد أحدهما إلى أعلاها ونزل الآخر في أسفلها وهذا كله مذهب الشافعي، فان كان المشتري هو البائع مثل أن اشترى لنفسه من مال ولده أو اشترى لولده من نفسه لم يثبت فيه خيار المجلس لانه يتولى **طرفي العقد** فلم يثبت له خيار كالشفيع ويحتمل أن يثبت فيه كغيره فعلى هذا يعتبر لزومه مفارقة مجلس العقد لان الافتراق لا يمكن هاهنا لكون البائع هو المشتري، ومتى حصل التفرق لزم العقد قصدا ذلك أو لم يقصداه علماء أو جهلاه لان النبي صلى الله عليه وسلم علق الخيار على التفرق وقد وجد، ولو هرب أحدهما من الآخر لزم العقد لانه فارقه ولا يقف لزوم العقد على رضاهما ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع، ولو أقاما في المجلس وسدلا بينهما سترا أو بنيا بينهما حاجزا أو ناما وقاما فمضيا جميعا ولم يتفرقا فالخيار بحاله وان طالت المدة لعدم التفرق، وقد روى أبو داود والاثرم باسنادهما عن أبي الوضئ قال غزونا غزوة لنا فنزلنا منزلا فباع صاحب لنا فرسا بغلام ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما فلما أصبحنا من الغد وحضر الرحيل قام إلى فرسه يسرجه فندم فأتى الرجل وأخذه بالبيع فأبى الرجل أن يدفعه إليه فقال بيني وبينك." (١)

"يصح قياسه عليه فأما من سواهم فلا يثبت لهم ولاية لان المال محل الجناية ومن سواهم قاصر النفقة غير مأمون على المال فلم يله كالاجنبي، ومن شرط ثبوت الولاية على المال العدالة بغير خلاف لان في تفويضها إلى الفاسق تضييعا للمال فلم يجز كتفويضها إلى السفيه، وكذلك الحكم في السفيه إذا حجر عليه صغيرا واستدام الحجر عليه بعد البلوغ ﴿ مسألة ﴾ (وليس لوليهما التصرف في مالهما إلا على وجه الحظ لهما وما لاحظ فيه ليس له التصرف به كالعتق والهبة والتبرعات والمحاباة) لقول الله سبحانه وتعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) وقوله عليه الصلاة والسلام " لاضرر ولا ضرار " رواه الامام أحمد وهذا فيه اضرار فان فعل شيئا من ذلك أو زاد على النفقة عليهما أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ضمن لانه مفرط فضمن كتصرفه في مال غيرهما ﴿ مسألة ﴾ (ولايجوز أن يشتري من مالهما شيئا لنفسه ولا يبيعهما الا الاب لانه غير متهم عليه لكمال شفقته) وبه قال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي والشافعي وزادوا الجد وقال زفر لا يجوز لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ولايجوز ان يتعلق به حكمان متضادان، ولنا أن هذا يلي بنفسه فجاز أن يتولى **طرفي العقد** كالسيد يزوج عبده أمته ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، المؤلف غير معروف ٤/ ٦٣

بالعاقد، فأما الجد فلا ولاية له على ما ذكرناه فهو كالاجنبي ولان التهمة بين الاب وولده منتفية إذ من طبعه الشفقة عليه والميل إليه وترك حظ نفسه لحظه، وبهذا فارق الوصي والحكم وامينه، فأما الحاكم والوصي فلا يجوز لهما ذلك لانهما متهمان في طلب الحظ لانفسهما فلم يجز ذلك لهما بخلاف الاب﴿ مسألة ﴾ (ولوليهما مكاتبة رقيقهما وعتقه على مال)." (١)

"نفسه لانه اذن له في **طرفي العقد** فجاز ان يليهما إذا انتفت التهمة كالاب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه لانه يمكنه الدعوى عن احدهما والجواب عن الآخر واقامة حجة كل واحد منهما ولاصحاب الشافعي في المسئلتين وجهان (فصل) فان اذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز ذلك وقال اصحاب الشافعي لا يجوز في احد الوجهين لانه يجتمع له في عقد غرضان الاسترخاص لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فتما نعا ولنا انه وكله في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة المنع من المشتري لنفسه في محل الاتفاق التهمة لدلالتها على عدم رضا الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإرادته وقد صرح ههنا بالاذن فيها فلا ينفي دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافها، وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا ان عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء فانه لا يراد أكثر مما حصل وان لم يعين له الثمن يعيد البيع بثمن المثل كما لو باع الاجنبي وقد ذكر اصحابنا فيما إذا وكل عبدا يشتري له نفسه من سيده وجها أنه لا يجوز ويخرج ههنا مثله والصحيح ما قلناه ان شاء الله تعالى." (٢)

"* (مسألة) * (ولا يشترط أن تلي العقد فلو أجره سنة خمس في سنة أربع صح) سواء كانت العين مشغولة وقت العقد أو لم تكن وكذلك ان أجره شهر رجب في المحرم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح إلا أن يستأجرها من هي في إجارة، ففيه قولان لانه عقد على ما يمكن تسليمه في الحال فأشبه إجارة العين المغصوبة قال ولا يجوز أن يكتري بعيرا بعينه إلا عند خروجه لذلك ولنا انها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتي تلي العقد وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوبه كالسلم فانه لا يشترط وجود القدرة عليه حين العقد، ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة لما ذكرناه، وما ذكره يبطل بما إذا أجرها من المكتري فان يصح مع ما ذكروه.إذا ثبت هذا فان الاجارة ان كانت على مدة تلي العقد لم يحتج إلى ذكر ابتدائها من حين العقد وان كانت لا تليه فلابد من ذكره لانها

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، المؤلف غير معروف ٥١٩/٤

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، المؤلف غير معروف ٢٢٤/٥

أحد طرفي العقد فاحتيج إلى معرفتة كالانتهاء، وان أطلق فقال أجرتك سنة أو شهرا صح وكان ابتداؤها من حين العقد وهو قول أبي حنيفة ومالك وقال الشافعي وبعض اصحابنا لا يصح حتى يسمي الشهر ويذكر أي سنة هي قال أحمد في رواية اسماعيل ابن سعيد إذا استأجر أجيرا شهرا فلا يجوز حتى يسمي الشهر ولنا قول الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام قال (على أن تأجرني ثماني حجج) لم يذكر ابتداءها ولانه تقدير بمدة ليس فيها قربة فإذا اطلقها وجب أن تلي السبب كمدة السلم والايلاء وتفارق النذر فانه قربة." (١)

"ذكرنا وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك ان وهب له مالا يعرف بعينه كالاثمان لم يجز الا ان يضعها على يد غيره لان الاب قد يتلف ذلك أو يتلف بغير سببه فلا يمكن ان يشهد على شئ بعينه فلا ينفع القبض شيئا ولنا ان ذلك مما يصح هبته فإذا وهبه لابنه الصغير وقرضه له صح كالعروض (فصل) فان كان الواهب للصبي غير الاب من اوليائه فقال أصحابنا لابد أن يوكل من يقبل للصبي ويقبض له ليكون الايجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع بخلاف الاب فانه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض لكونه يجوز أن يبيع لنفسه، قال شيخنا والصحيح عندي أن الاب وغيره في هذا سواء لانه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز ان يتولى طرفيه كالاب.وفارق البيع فانه يجوز ان يوكل من يشتري له ولان البيع عقد معاوضة ومرابحة فيتهم في عقده لنفسه والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها وهو ولي فجاز ان يتولى طرفي العقد كالاب، ولان البيع انما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبي وهو ههنا يعطي ولا يأخذ فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره ولاننا قد ذكرنا انه يستغنى بالايجاب والاشهاد عن القبض والقبول فلا حاجة إلى التوكيل فيهما مع غناه عنهما." (٢)

"(فصل) ومن لم نثبت له الولاية لا يصح توكيله لان وكيله قائم مقامه فان وكله الولي في تزويج موليته لم يصح لانها ولاية ليس هو من أهلها ولانه لما لم يملك تزويج مناسبة بولاية النسب فلان لا يملك مناسبة غيره بالتوكيل أولى ويحتمل ان يصح توكيل العبد والفاسق والصبي المميز في العقد لانهم من أهل اللفظ به وعباراتهم فيه صحيحة ولذلك صح قبولهم النكاح لانفسهم وانما سلبوا الولاية لانه يعتبر لها الكمال ولا حاجة إليه في اللفظ وان وكله الزوج في قبول النكاح صح وكذلك انه وكله الاب في قبول النكاح لابنه الصغير لانه يصح قبولهم لانفسهم فجاز ان ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع وقال بعض أصحابنا لا يصح لانه

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، المؤلف غير معروف ٤٩/٦

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، المؤلف غير معروف ٢٦٠/٦

أحد طرفي العقد أشبه الايجاب والاول أولى (مسألة) (وإذا استوي الاولياء في الدرجة كالاخوة والاعمام وبنيهم صح التزويج من كل واحد منهم لان سبب الولاية موجود في واحد منهم) (مسألة) (والاولى تقديم أكبرهم وافضلهم) لان النبي صلى الله عليه وسلم لما تقدم محيصة وحويصة وعبد الرحمن بن سهل فتكم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم (كبر كبر) اي قدم الاكبر فتكم حويصة ولانه أحوط للعقد في اجتماع شروطه والنظر في الحظ فان تشاحوا اقرع بينهم لانهم تساووا في الحق وتعذر الجمع فيقرع." (١)

"واحد منهما الاننكار لاستحقاقها لان موروثه قد أقر لها بدعوى صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها وان لم تقر لواحد منهما أقرع بينهما وكان لها ميراث من تقع القرعة عليه وان كان أحدهما قد أصلبها وكان هو المقر له أو كانت لم تقر لواحد منهما فلها المسمى لانه مقر لها به وهي لا تدعي سواه، وان كانت مقرة للآخر فهي تدعي مهر المثل وهو يقر له بالمسمى فان استويا أو اصطلحا فلا كلام، وإن كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط وان كان المسمى لها أكثر فهو مقر لها بالزيادة وهي تنكرها فلا تستحقها (مسألة) (وإذا زوج السيد عبده الصغير من أمته جاز أن يتولى طرفي العقد لانه ملك بحكم الملك لا بحكم الاذن في قولهم جميعا.فان كان مالكا لاحد طرفي العقد فوكله ملك الطرف الآخر فيه أو وكله المولي في الايجاب والزوج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين اللتين نذكرهما في المسألة التي تليها لانه ملك ذلك بالاذن وان زوج ابنته الكبيرة عبده الصغير لم يجز ذلك إلا برضاها لانه يكافئها ويخرج فيه أيضا وجهان وان زوجه ابنته الصغيرة لم يجز لانه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها وعنه يجوز." (٢)

"(مسألة) (وكذلك ولي المرأة مثل ابن العم والمولى والحاكم إذا اذنت له في تزوجها وعنه لا يجوز حتى توكل في أحد الطرفين) وجملة ذلك أن ولي المرأة التي يحل له نكاحها إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك وهل له أن يلي طرفي العقد بنفسه؟ فيه روايتان (إحداهما) له ذلك وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة واسحاق وأبي ثور وابن المنذر لما روى البخاري قال: قال عبد الرحمن بن عوف لام حكيم امرأة قارض أتجعلين أمرك إلي؟ قالت نعم قال قد تزوجتك لانه يملك الايجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولانه عقد وجد فيه الايجاب من ولي ثابت الولاية والقبول

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، المؤلف غير معروف ٤٤٢/٧

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، المؤلف غير معروف ٤٤٨/٧

من زوج هو أهل للقبول فصح كما لو وجدا من رجلين، وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها، فان قيل فقد روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح: زوج وولي وشاهدان) قلنا هذا لا تعرف صحته ولو صح كان مخصوصا بما إذا زوج السيد عبده الصغير امته فيتعدى التخصيص إلى مح النزاع وهو يفتقر إلى ذكر الايجاب والقول، وهل يكتفي بمجرد." (١)

"الايجاب؟ فيه وجهان (أحدهما) يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلانة وقبلت هذا النكاح لان ما افتقر إلى الايجاب افتقر إلى القبول كسائر العقود (والثاني) يكفيه ان يقول زوجت نفسي فلانة أو تزوجت فلانة وهو قول مالك وأبي حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف، ولان ايجابه يتضمن القبول فاشبه إذا تقدم الاستدعاء ولهذه قلنا إذا قال لامته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك انعقد النكاح بمجرد هذا القول (والرواية الثانية) لا يجوز ان يتولى طرفي العقد ولكن يوكل رجلا يزوجه إياها باذنها ذكرها الخرقي قال أحمد في رواية ابن منصور لا يزوج نفسه حتى يولي رجلا على حديث المغيرة بن شعبة وهو ما روى أبو داود باسناده عن عبد الملك بن عميران المغيرة بن شعبة أمر رجلا يزوجه أمرأة المغيرة أولى بها منه ولانه عقد ملكه بالاذن فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع ولهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير وعلى هذه الرواية لو وكل من يقبل النكاح له وتولى هو الايجاب جاز وقال الشافعي في ابن العم والمولى لا يزوجهما الا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولا أن يوكل من يزوجه لان وكيله بمنزلته وهذا عقد ملكه بالاذن فلا يتولى طرفيه كالبيع ولا يجوز أن يزوجهمن هو أبعد منه من أوليائهما لانه لا ولاية لهم مع وجوده ولنا ما ذكرنا من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ولان وكيله يجوز ان يلي العقد عليها لغيره." (٢)

"فصح أن يليه عليها له إذا كانت نحل له كالامام إذا أراد أن يتزوج موليته ولان هذه امرأة لها ولى حاضر غير عاضل فلم يليه الحاكم كما لو أراد أن يزوجها غيره، ومفهوم قوله عليه الصلاة والسلام (السلطان ولي من لا ولي له) أنه لا ولاية له على هذه والبيع ممنوع فان الوكيل يجوز أن يشتري ما وكل في بيعه باذن الموكل (فصل) فما إن أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يجز أن يزوجها نفسه لان اطلاق الاذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لانه غيره فان زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه وان زوجها لابنه الصغير فقيه الروايتان في تولي طرفي العقد فان قلنا لا يتولاه فوكل رجل يزوجها لولده وقبل هو النكاح له

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، المؤلف غير معروف ٧/٤٤٩

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، المؤلف غير معروف ٧/٤٥٠

افتقر إلى اذنها للوكيل على ما قدمنا في ان الوكيل لا يزوجها الا باذنها وان وكل رجلا يقبل النكاح لولده وأوجب هو النكاح لم يحتج إلى اذنها لانها قد أذنت له (مسألة) (وان قال السيد لامته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك صح فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها وكذلك ان قال جعلت عتق امتي صداقها) ظاهر المذهب أن الرجل إذا اعتق أمته وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح نص عليه أحمد في رواية جماعة روي ذلك عن على رضى الله عنه وفعله أنس بن مالك وبه قال سعيد بن المسيب وأبو." (١)

"متفق عليه لكن يستثنى من البيع الكتابة وتولي **طرفي العقد** وشراء من يعتق عليه أو اعترف بحريته قبل الشراء (و) كالبيع (الصلح بمعناه) كما لو أقر بدين أو عين ثم صالحه عنه بعوض وقسمة التراضي والهبة على عوض لأنها نوع من البيع (و) كبيع أيضا (إجارة) لأنها عقد معاوضه أشبهت البيع (و) كذا (الصرف والسلم) لتناول البيع لهما (دون سائر العقود) كالمساقاة والحوالة والوقف والرهن والضمان (ولكل من المتبايعين) ومن في معناهما ممن تقدم (الخيار مالم يتفرقا عرفا بأبدانهما) من

". (٢)

"كان الأقرب لا يعلم أنه عصبته أو أنه صار أو عاد أهلا بعد مناف صح النكاح استصحابا للأصل ووكيل كل ولي يقوم مقامه غائبا أو حاضرا بشرط إذنها للوكيل بعد توكيله إن لم تكن مجبرة ويشترط في وكيل وولي مايشترط فيه ويقول الولي أو وكيله لوكيل الزوج زوجت موكلك فلانا فلانة ويقول وكيل الزوج قبلته لفلان أو لموكلي فلان وإن استوى وليان فأكثر سن تقديم أفضل فأسن فإن تشاحوا أقرع ويتعين من أذنت له منهم ومن زوج ابنه ببنت أخيه ونحوه صح أن يتولى **طرفي العقد** ويكفي زوجت فلانا فلانة وكذا ولي عاقلة تحل له إذا تزوجها بإذنها كفى قوله تزوجتها ٪

". (٣)

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، المؤلف غير معروف ٤٥١/٧

(٢) الروض المربع، المؤلف غير معروف ٧٠/٢

(٣) الروض المربع، المؤلف غير معروف ٧٥/٣

" محمد على التخريج في تزويج نفسها وغيرها ، ومنعه في تزويجها بدون إذن الولي أنه يكون كتزويج الفضولي ، وليس بشيء . والله أعلم .

قال : ويزوج مولاتها من يزوج أمتها .

ش : يزوج معتقة المرأة من يزوج أمتها ، وهو على ما قال الخرقي ولي السيدة ، وظاهره أنه يقدم فيه الأب على الابن ، وقد تقدم في الولاء بالعتق أنه يقدم الابن على الأب ، وصرح به أبو محمد ، وقال أبو البركات : إن قلنا : يلي عليها . اشترط إذنها ، وجرت فيها الروايات الثلاث في مولاتها الرقيقة ، وإن قلنا لا يلي للملك ، كما تقدم في الرواية التي حكاها ابن حمدان زوج بدون إذنها أقرب عصبتها ، وذلك لأن التزويج هنا مستفاد بالتعصيب بالإرث ، وهو مناف لظاهر كلام الخرقي ، لأن إن حمل كلامه على أن لها ولاية أشكل عدم اشتراط إذن المعتقة ، وإن حمل على أنها لا ولاية لها وهو ظاهر كلامه المتقدم أشكل تقديم الأب على الابن قلت : ويمكن توجيه كلام الخرقي على أن لها ولاية ، حيث قال : ويزوج مولاتها من يزوج أمتها ، فدل على أن هنا قدر مشترك ، وأما اشتراط الإذن فيكون تركه له لدلالة ما قبله عليه ، وهو قوله : ويزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها . فيصير التقدير : ويزوج مولاتها بإذنها من يزوج أمتها ، والله أعلم . وقد تبع أبو الخطاب في الهداية الخرقي على ذلك ، وقد اضطرب كلام الأصحاب في هذه المسألة اضطرابا كثيرا ، وليس هذا موضع استقصاء ذلك ، وعلى كل حال فلا بد من عدم العصبة المناسب بلا نزاع ومن رضى المعتقة على الصحيح المقطوع به عند الشيخين وغيرهما ، وقيل : يملك إجبارها من يملك إجبار سيدتها التي أعتقتها ، وهو بعيد ، والله أعلم .

قال : ومن أراد أن يتزوج امرأة هو وليها جعل أمرها إلى رجل يزوجها منه بإذنها .

ش : هذه مسألة تولي طرفي العقد في النكاح ، ولها ثلاث صور (إحداها) الجواز بلا نزاع ، وهو ما إذا كان الولي مجبرا من الطرفين ، كما إذا زوج أمته بعبده الصغير ، أو زوج الوصي في النكاح صغيرة بصغير كلاهما في حجره ، ونحو ذلك ، إذ لا إذن فيشترط ، وقيل : يختص الجواز بما إذا زوج عبده أمته ، لأنه يتصرف بحكم الملك ، وجود أبو العباس هذا ، وقد حكي الإجماع عليه ، (الصورة الثانية) عدمه بلا نزاع ، وهو ما إذا كان وليا لامرأة مجبرة كعتيقته وبنت عمه المجنونتين ، فإنه لا يجوز أن يتزوجهما ، لشدة التهمة في ذلك ، لتعذر الإذن منهما ، فهو كوصي اليتيم يشتري من ماله ، فعلى هذا لا يملك أن يتزوجهما إلا بولي غيره من العصبة إن كان ، وإلا فبولاية الحاكم ، ولا يملك ذلك بوكيله على الأصح ، لأنه قائم مقامه ، ونائب منابه ، (الصورة الثالثة) ما عدا ذلك وهو ما إذا كانت المرأة لها إذن معتبرة ،

فهل لوليها أن يتزوجها بإذنها وولايته ، أو لا بد أن يوكل في أحد **طرفي العقد** ؟ فيه روايتان ، (أشهرهما)

". (١)

"

٢٤٧١ وذلك لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي أعتق صفية وتزوجها ، فقال له ثابت : ما أصدقها ؟ قال : نفسها ، أعتقها وتزوجها . متفق عليه ، وفي لفظ للبخاري : أعتق صفية وتزوجها ، وجعل عتقها صداقها . ولم ينقل أنه استأنف عقدا ، ولأنه جعل عتقها صداقها ، ومتى ثبت العتق صداقا ثبت النكاح ، إذ الصداق لا يتقدم عليه .

٢٤٧٢ يؤيد هذا أن هذا روي عن أنس رضي الله عنه حكاه عنه أحمد محتجا به وهو راوي الحديث ، وهو يقوي إرادة الظاهر منه .

٢٤٧٣ ويروى أيضا عن علي رض الله عنه ، ولأن منفعة البضع إحدى المنفعين ، فجاز أن يكون العتق عوضا عنها ، دليله منفعة الخدمة ، وهو إذا قال : أعتقتك على خدمة سنة . لا يقال : هذا من خصائص النبي . إذ من خصائصه النكاح بلا مهر ، لأنا نقول : الغرض أنه عقد بمهر ، وإذا فحكم أمته حكمه في صفية .

ونقل المروذي عن ١٦ (أحمد) : إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلا ، فأخذ القاضي وأتباعه من هذا رواية أن النكاح لا يصح بهذا اللفظ ، واختاره القاضي في خلافه وفي روايتيه ، وأبو الخطاب في كتبه الثلاثة ، وابن عقيل ، وزعم أنها الأشبه بالمذهب ، إذ بالعتق تملك نفسها ، فيعتبر رضاها ، كما لو فصل بينهما ، ولأنه لم يوجد إيجاب ولا قبول ، وهما ركناه فلا يصح إلا بهما ، ولأن العتق ليس بمال ، ولا يجبر به مال ، فأشبه رقبة الحر ، وتورع ابن أبي موسى من حكاية رواية بعدم الصحة ، وجعل محل الخلاف في تولي **طرفي العقد** ، كما هو مقتضى نص أحمد فقال : ومن أعتق أمته وجعل عتقها صداقها ثبت العتق والنكاح جميعا ، واختلف قوله هل يكون المولى هو العاقد لنفسه ، أم يحتاج إلى توكيل من يعقد له النكاح عليها بأمره ؟ على روايتين . فجعل الرواية أنه يستأنف العقد عليها بإذنه بدون رضاها ، إذ العتق وق ع على هذا الشرط انتهى . وأجيب (عن ملكها) نفسها بأن الكلام المتصل لا يثبت له حكم

---

(١) شرح الزركشي، المؤلف غير معروف ٢/٣٢٩

الانفصال قبل تمامه ، فلم يستقر ملكها على نفسها إلا بعد النكاح ، والسيد كان يملك إجبارها على النكاح في حق الأجنبي ، فكذلك في حق نفسه ، (وعن فقد) الإيجاب والقبول بأن العتق لما خرج مخرج الصداق صار الإيجاب كالمضمر فيه ، فكأنه قال : تزوجتك وجعلت عتقك صداقك . والقائل هو الموجب ، فلا يحتاج إلى الجمع ين الإيجاب والقبول ، (وعن كون) العتق ليس بمال بأنه يترتب عليه حصول مال ، وهو تمليك العبد ، منافع نفسه وهو المقصود ، وسأله حرب : إذا جعل عتقها مهرها كيف يقول ؟ قال : يقول قد تزوجتك وجعلت عتقك مهرك . فشرط ابن حامد ذلك ، ليأتي بركن العقد .

". (١)

"فرع عن الشافعي رضي الله عنه: أن السلطان لا يزوج من تدعي غيبة وليها حتى يشهد شاهدان أنه ليس لها ولي حاضر، وأنها خلية عن النكاح والعدة. فقيل: هذا واجب. وقيل: مستحب. قلت: الاصح أنه مستحب، وبه قطع إبرهيم المروذي، ذكره في آخر كتاب الطلاق. والله أعلم. فعلى هذا، لو ألحت في المطالبة، ورأى السلطان التأخير، فهل له ذلك ؟ وجهان، ولا يقبل في هذا إلا شهادة مطلع على باطن أحوالها. وإن كان الولي الغائب ممن لا يزوج إلا بإذن، فقالت: ما أذنت له، فللقاضي تحليفها على نفي الاذن. قلت: قال الغزالي: وللقاضي تحليفها أن وليها لم يزوجها في الغيبة إن رأى ذلك. ومثل هذه اليمين التي لا تتعلق بدعوى، هل هي مستحبة، أم واجبة ؟ وجهان. والله أعلم. فرع إذا غاب الولي الاقرب الغيبة المعتبرة، فالاولى للقاضي أن يأذن للابعد أن يزوج، أو يستأذن ليزوج القاضي. فرع في فتاوى البغوي: أن القاضي إذا زوج من غاب وليها، ثم قدم وليها بعد العقد، بحيث يعلم أنه كان قريبا من البلد عند العقد، لم يصح النكاح.الطرف الرابع : في تولي **طرفي العقد**، فيه مسائل. إحداها: هل يتولى الجد طرفي تزويج بنت ابنه الصغيرة أو الكبيرة بابن ابن آخر مولى عليه ؟ فيه وجهان. اختار ابن الحداد والقفال وابن الصباغ الجواز،." (٢)

" مني لكم ويؤيده ما ذكره القاضي حسين والماوردي وغيرهما أن المفلس إن تولى بيع أمواله فلا كلام وإن باع الحاكم لم يجز حتى تشهد عنده بينة بملكه لها قالوا ولا تكفي فيها يده ولا اعترافه وقياس الرهن كذلك أيضا وقياسه أن يتعدى إلى اليتيم إذا احتاط الحاكم على أموال مورثه فإنه يقضي عدم جواز

---

(١) شرح الزركشي، المؤلف غير معروف ٢/٣٥٩

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، المؤلف غير معروف ٥/٤١٥

بيعها إلا ببينة إلا أن يفرق بأنه لا ضرورة إلى مباشرة الحاكم لبيع مال المفلس فإن المفلس قادر على بيعها بخلاف أموال اليتيم وقد ذكر جماعة من الأصحاب أن تصرفه ليس بحكم منهم ابن الصباغ في المفلس والرافعي في الكلام على عدة المفقود وتفريعا على القديم فقال وإذا ضرب القاضي المدة أربع سنين فهل ضربها حكم بوفاته أو لا بد من استئناف حكم وجهان أصحهما الثاني

وقال ابن الرفعة في حاشية كتبها في أول النكاح من الكفاية وهذا في المفقود إنما يأتي إذا تقدم القبول على الإيجاب أما إذا تقدم الإيجاب من الحاكم فلا يمكن الحكم بصحته قبل القبول والذي قاله متعين قوله فهل له ذلك أشار إلى تصحيحه قوله وهل يحلفها وجوبا إلخ صحح في الأنوار أن اليمين مستحبة قوله كما يؤخذ من كلام نقله للزركشي عن فتاوى البغوي عبارتها لو أن امرأة مجهولة النسب زوجها الحاكم ثم جاء رجل وقال أنا أبوها وكنت في البلد قال النسب ثابت والنكاح مفسوخ لأن تزويج الحاكم لا يجوز عند وجود الأب قال الغزي ينبغي حمله على ما إذا اعترف بذلك الزوج والمرأة لأنه ذكر في موضع آخر أنه لو أقر بنسب زوجة ابنه وهي مجهولة النسب وقد زوجها الحاكم لا ينفسخ النكاح ووافقه العبادي ونقله المزني على النص وهو المشهور وقال القاضي حسين مرة أنه ينفسخ أو يكون ما قدمناه عنه بناء على رأيه أنه ينفسخ قوله فكذلك أي كلف البينة قوله على الأظهر في النهاية أشار إلى تصحيحه قوله ولو تولى الجد **طرفي العقد** في نكاح فرعيه جاز لو أقام مقامه في طرفيه وكيلين أو في طرف وكيلا وتصدى بنفسه في الطرف الآخر صح بخلاف ما إذا وكل فيهما واحدا و شرطه كون الابن صغيرا أو مجنونا وكون بنت الابن بكرا أو مجنونة وكون أبويهما ميتين أو مسلوبي الولاية لفسق أو نحوه واستفدنا من الشرط الثاني تصوير المسألة بأن يكون الجد مجبرا وبه صرح ابن الرفعة حتى لا يجوز في بنت ابنه الثيب البالغ وبه صرح الماوردي وغيره من العراقيين قال الزركشي وينبغي أن يقول وقبلت نكاحها له فأما لو قال قبلت النكاح لم يصح جزما وقد حكاه الرافعي في باب الهبة عن الإمام في نظيره من البيع والهبة قوله وشرط ابن معن وغيره أن يقول وقبلت نكاحها إلخ ضعيف قوله لا من ابنه الطفل إلخ لو أراد العم أن يزوج بنت أخيه لابنه الصغير ويقبل النكاح له فالظاهر أن الحاكم يزوج ولم يذكروه ر قوله زاد في الروضة الصواب الجواز أشار إلى تصحيحه

".(١)

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، المؤلف غير معروف ٣/١٣٤

": (أما من فيه رق الخ) أي ولو مبعضا كما صرح به في شرح الروض وهذا في جواز الرقيقة للمبعض وإن قدر على مبعضة م ر اه.سم عبارة المغني ومن بعضه رقيق كالرقيق فينكح الامة مع القدرة على الحرة اه.قوله: (فقبل البنت ثم الامة) أو قبل البنت فقط اه.مغني قوله: (وفي هذه) أي في صورة الجمع بعقدين اه.ع ش.قوله: (فجمع في القبول) قضيته أنه يصح في الحرة قطعا ولا يخلو أي القطع عن تأمل والظاهر أنه لا يتصور هنا تقديم الامة إيجابا وقبولا حتى يقال إنه حينئذ يصح نكاحهما إذا حلت له لان جمع القبول ينافي ذلك وقوله أو عكس قضيته أنه لو قال: زوجتك هاتين أو بنتي وأمتي بكذا فقال قبلت بنتك بكذا وأمتك بكذا بأن وزع المسمى عليها أو ترك ذكر بكذا صح في الحرة قطعا ولا يخلو عن تأمل ويتصور هنا تقديم الامة إيجابا وقبولا وهل يأتي في ذلك حينئذ التعليل المذكور بقوله لانه لم يقبل الحرة إلا بعد صحة نكاح ا لامة أو لا لان صحة نكاح الامة تتوقف على تمام القبول إذ لا يصح قبول إحداهما دون الاخرى على ما تقدم نظيره في البيع فيما إذا أوجب بألف فقبل نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة أو يفرق بينهما فيه نظر فليحرر اه.سم أقول ظاهر قول الشارح كالنهاية فكذلك وقول المغني بدله فكتفصيلهما في الاصح اه.تصور تقديم الامة وجريان التعليل المذكور في كل من صورتي تفصيل أحد **طرفي العقد** وإجمال الآخر لكن قضية قول ع ش قوله فكذلك أي يصح نكاح الحرة دون الامة اه.عدم جريان التعليل المذكور فيهما معا ولعله هو الظاهر.قوله: (في أن الولد رقيق الخ) (تتمة) ولد الامة المنكوحة رقيق لما لمالكها تبعا لها وإن كان زوجها الحر عربيا وكذا لو كان من شبهة لا تقتضي حرية الولد أو من زنى ولو تزوج بأم ولد الغير فولده منها كالام ولو ظن أن ولد المستولدة يكون حرا فيكون حرا كما في الانوار وتلزمه القيمة للسيد مغني ونهاية قال ع ش قوله عربيا بل أو كان هاشميا أو مطلبيا كما تقدم وقوله كالام أي فينعقد رقيقا ويعتق بموت السيد ولا ينكح إن كان بنتا إلا بشروط الامة وقوله ولو ظن الخ وإنما يقبل ذلك منه إذا كان ممن يخفى على مثله ذلك اه.قوله: (ما لم يشترط الخ) فإن شرط كان حرا للتعليق وقوله في أحدهما أي الصحيح والفاسد وقوله بصيغة تعليق أي بأن قال إن أتت منك بولد فهو حر وقوله لا مطلقا أي فلو زوجها وشرط في صلب العقد أن يكون أولادها أحرار ألغا الشرط وانعقدوا أرقاء ومن ثم لم تنكح إلا حيث وجدت فيه شروط الامة اه.ع ش وقوله ومن ثم الخ قد يفهم صحة نكاحها مع الشرط بصيغة التعليق للحر مطلقا وفاقا للبعض الآتي في الشارح مع ردهقوله: (فالخشية) أي خشية رق الولد قوله: (مطلقا) أي وجد التدبير والحكم بصحته أو لا فصل في حل نكاح الكافرة قوله: (في حل نكاح الكافرة) إلى قول

المتن والكتابية يهودية في النهاية والمغني إلا أنهما عطفا مجوسية على من لا كتاب لها وحذفا قوله أي ولم يخش فتنة بها بوجه وقوله أي." (١)

"لم يتولى الأب طرفي العقد في بيع مال الطفل قيل لقوة ولايته وكمال شفقته وقيل لعسر مراجعة السلطان في كل بيع وشراء وقيل لمجموع المعنيين ذكره في النكاح في فصل تولي طرفي العقد---خبايا الزوايا ج:١ ص:١٦٥١٨٩ مسألةحكى الخلاف هنا فيما إذا باغ الأب أو الجد مال الطفل من نفسه ثم قال في الهبة قال الإمام موضع الوجهين في شق القبول ما إذا أتى بلفظ مستقل لأن يقول اشتريت لطفلي أو اتهبت له فأما قوله قبلت البيع والهبة فلا يمكن الاقتصار عليه بحال١٦٦ مسألةلو زاد الثمن على قيمة المبيع---خبايا الزوايا ج:١ ص:١٩٠والمشتري معسر ففي صحة البيع وجهان المشهور منهما الصحة لأنه قد يجد من يشتريه ذكره في الكتابة١٦٧ مسألةاشترى عرضا ممن له عليه دين ففي صحة البيع وجهان ذكره في الضمان---خبايا الزوايا ج:١ ص:١٦٨١٩١ مسألةباع الذمي الخمر ودفع ثمنها لمسلم عن دين له هل يجبر على القبول وجهان أصحهما لا يجوز فضلا عن الإجبار ذكره في الجزية١٦٩ مسألةالند المعجون بالخمر نجس قال في الشامل ولا يجوز بيعه وكان ينبغي أن يجعل كالثوب المتنجس لامكان تطهيره بالنقع في الماء ذكره في الأشربة---خبايا الزوايا ج:١ ص:١٧٠١٩٢ مسألةفي بيع الخمر المحترمة وجهان بناء على الخلاف في طهرتها والعناقيد إذا استحالت أجواف حباتها خمرا فعن القاضي وغيره ذكر وجهين في جواز بيعها اعتمادا على طهارة ظاهرها في الحال وتوقع فائدتها في المآل وطردوها في البيضة المستحيل باطنها دما والمذهب المنع ذكره في آخر الباب الثاني من الرهن١٧١ مسألةلو باع على صورة العمري فقال ملكتك بعشرة عمرك ففيه خلاف بين أبي علي الطبري وابن كجقال ابن سريج وأبو علي الطبري لا يصح وقال ابن كج لا يبعد عندي جوازه---خبايا الزوايا ج:١ ص:١٩٣تفريعا على الجديد ووافقه ابن خيران ذكره في الهبة ولم يرجح شيئا." (٢)

"(أو اختلف النوع) أي نوع الربوي باختلاف الصفة من الجانبين بأن اشتمل أحدهما من الدراهم والدنانير على موصوفين بصفتين اشتمل الآخر عليهما أو على أحدهما فقط (كصحاح ومكسرة بها) أي بصحاح ومكسرة (أو بأحدهما) أي بصحاح فقط أو مكسرة فقط وقيمة المكسرة دون قيمة الصحيح في الجميع (فباطلة) لأن قضية اشتمال أحد طرفي العقد على مالين مختلفين أن يوزع ما في الطرف الآخر

---

(١) حواشي الشرواني، المؤلف غير معروف ٣٢١/٧

(٢) خبايا الزوايا . للزركشي، المؤلف غير معروف ص/٢٦

عليهما باعتبار القيمة. مثاله: باع جزءا من دار وسيارة بمئة ألف والجزء بضعف قيمة السيارة فيأخذ الشفيع الشقص بثلثي المئة ألف والتوزيع في مسألتنا يؤدي إلى المفاضلة فلما كان أحد **طرفي العقد** مشتمل على مالين مختلفين فوجب أن يوزع ما في الطرف الآخر عليهما باعتبار القيمة والتوزيع يتم بالتقويم والتقويم هو التخمين والتخمين قد يخطئ ففي مسألة مد عجوة ودرهم بدرهمين المذكورة إذا زادت قيمة المد على الدرهم أو نقصت تلزم المفاضلة وإذا ساوته لزم الجهل بالمماثلة ولهما نفس الحكم. فقد نهى رسول الله (ص) عن بيع مالم يفصل فقد روى مسلم وأبو داود وغيرهم عن فضالة بن عبيد قال: أتي النبي (ص) بقلادة فيها حرز وذهب تباع بتسعة دنانير فأمر النبي (ص) بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال الذهب بالذهب وزنا بوزن وفي رواية لا تباع حتى تفصل وهذه المسألة تسمى عند الفقهاء بقاعدة مد عجوة ودرهم.." (١)

"(أو اختلف النوع) أي نوع الربوي باختلاف الصفة من الجانبين بأن اشتمل أحدهما من الدراهم والدنانير على موصوفين بصفتين اشتمل الآخر عليهما أو على أحدهما فقط (كصحاح ومكسرة بها) أي بصحاح ومكسرة (أو بأحدهما) أي بصحاح فقط أو مكسرة فقط وقيمة المكسرة دون قيمة الصحيح في الجميع (فباطلة) لأن قضية اشتمال أحد **طرفي العقد** على مالين مختلفين أن يوزع ما في الطرف الآخر عليهما باعتبار القيمة. مثاله: باع جزءا من دار وسيارة بمئة ألف والجزء بضعف قيمة السيارة فيأخذ الشفيع الشقص بثلثي المئة ألف والتوزيع في مسألتنا يؤدي إلى المفاضلة فلما كان أحد **طرفي العقد** مشتمل على مالين مختلفين فوجب أن يوزع ما في الطرف الآخر عليهما باعتبار القيمة والتوزيع يتم بالتقويم والتقويم هو التخمين والتخمين قد يخطئ ففي مسألة مد عجوة ودرهم بدرهمين المذكورة إذا زادت قيمة المد على الدرهم أو نقصت تلزم المفاضلة وإذا ساوته لزم الجهل بالمماثلة ولهما نفس الحكم. فقد نهى رسول الله (ص) عن بيع مالم يفصل فقد روى مسلم وأبو داود وغيرهم عن فضالة بن عبيد قال: أتي النبي (ص) بقلادة فيها حرز وذهب تباع بتسعة دنانير فأمر النبي (ص) بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال الذهب بالذهب وزنا بوزن وفي رواية لا تباع حتى تفصل وهذه المسألة تسمى عند الفقهاء بقاعدة مد عجوة ودرهم.." (٢)

---

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، المؤلف غير معروف ٤٠٥/١

(٢) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، المؤلف غير معروف ٤٥٦/١

"يتولى **طرفي العقد** كما مر ولا عبده أي عبد الراهن لأن يده كيده وفي المأذون له وجه أنه يصح استنابته لانفراده باليد ومقابله لا، لأن السيد قادر على منعه متى شاء ويستنيب مكاتبه أي يصح استنابة مكاتب الراهن لاستقلاله بالتصرف واليد كالأجنبي ولا يستطيع الحجر عليه إلا عند العجز ولو رهن وديعة عن مودع أو مغصوبا عند غاصب لم يلزم هذا الرهن ما لم زمن إمكان قبضه أي قبض المرهون كنظيره في البيع لن لو لم يكن في يده لكان اللزوم متوقفا على هذا الزمن وابتداء زمن إمكان القبض من وقت الإذن بالقبض والأظهر اشتراط إذنه أي الراهن في قبضه لأن اليد كانت عن غير جهة الرهن، وقيل لا يشترط لأن العقد مع صاحب اليد يتضمن الإذن ولا يبرئه ارتهانه عن الغصب لأنه وإن كان عقد أمانة فالغرض منه التوثق وهو لا ينافي الضمان ويبرئه الإيداع في الأصح كقوله: أذنت لك في حفظه لأنه محض ائتمان والائتمان ينافي الضمان بدليل أنه لو تعدى في الوديعة لم يبق أمينا ويحصل الرجوع عن الرهن قبل القبض بتصرف يزيل الملك كهبة مقبوضة وإعتاق وبيع لزوال وثيقة الرهن وبرهن مقبوض وكتابة وكذا تدبيره في الأظهر لأن التدبير تعليق عتق بصفة فيحصل الرجوع عن الرهن في هذه الثلاثة ولأن مقصود الكتابة والتدبير العتق وهو مناف للرهن وبإحبالها لا الوطء لأنه بغير الإحبال لا يزول الملك ولو مات العاقد أي أحد العاقدين الراهن أو المرتهن قبل القبض أو جن أو تخمر العصير أو أبق العبد لم يبطل الرهن في الأصح أما ارتفاعه بالموت فلأنه عقد جائز فيرتفع به ورد ذلك بأن مصيره على اللزوم كالبيع في زمن الخيار وعلى هذا تقوم ورثة الراهن والمرتهن مقامها في الإقباض والقبض أما بطلان الرهن بالتخمر فلخروج المرهون عن القيمة المالية ورد بارتفاع التخمر فارتفع حكم الرهن ثم عاد لما انقلب الخمر خلا وليس للراهن المقبض تصرف يزيل الملك كالهبة والبيع والوقف لكن في إعتاقه أقوال أظهرها." (١)

"يتولى **طرفي العقد** كما مر ولا عبده أي عبد الراهن لأن يده كيده وفي المأذون له وجه أنه يصح استنابته لانفراده باليد ومقابله لا، لأن السيد قادر على منعه متى شاء ويستنيب مكاتبه أي يصح استنابة مكاتب الراهن لاستقلاله بالتصرف واليد كالأجنبي ولا يستطيع الحجر عليه إلا عند العجز ولو رهن وديعة عن مودع أو مغصوبا عند غاصب لم يلزم هذا الرهن ما لم زمن إمكان قبضه أي قبض المرهون كنظيره في البيع لن لو لم يكن في يده لكان اللزوم متوقفا على هذا الزمن وابتداء زمن إمكان القبض من وقت الإذن بالقبض والأظهر اشتراط إذنه أي الراهن في قبضه لأن اليد كانت عن غير جهة الرهن، وقيل لا يشترط لأن العقد مع صاحب اليد يتضمن الإذن ولا يبرئه ارتهانه عن الغصب لأنه وإن كان عقد أمانة فالغرض منه

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، المؤلف غير معروف ٢/٣٦

التوثق وهو لا ينافي الضمان ويبرئه الإيداع في الأصح كقوله: أذنت لك في حفظه لأنه محض ائتمان والائتمان ينافي الضمان بدليل أنه لو تعدى في الوديعة لم يبق أمينا ويحصل الرجوع عن الرهن قبل القبض بتصرف يزيل الملك كهبة مقبوضة وإعتاق وبيع لزوال وثيقة الرهن وبرهن مقبوض وكتابة وكذا تدبيره في الأظهر لأن التدبير تعليق عتق بصفة فيحصل الرجوع عن الرهن في هذه الثلاثة ولأن مقصود الكتابة والتدبير العتق وهو مناف للرهن وبإحبالها لا الوطء لأنه بغير الإحبال لا يزول الملك ولو مات العاقد أي أحد العاقدين الراهن أو المرتهن قبل القبض أو جن أو تخمر العصير أو أبق العبد لم يبطل الرهن في الأصح أما ارتفاعه بالموت فلأنه عقد جائز فيرتفع به ورد ذلك بأن مصيره على اللزوم كالبيع في زمن الخيار وعلى هذا تقوم ورثة الراهن والمرتهن مقامها في الإقباض والقبض أما بطلان الرهن بالتخمر فلخروج المرهون عن القيمة المالية ورد بارتفاع التخمر فارتفع حكم الرهن ثم عاد لما انقلب الخمر خلا وليس للراهن المقبض تصرف يزيل الملك كالهبة والبيع والوقف لكن في إعتاقه أقوال أظهرها." (١)

"الوكيل بالبيع مطلقا أي التوكيل غير المقيد بقيد ليس له أي الموكل مطلقا ليس له نظرا للعرف البيع بغير نقد البلد ولا بنسيئة ولا غبن فاحش وهو ما لا يحتمل غالبا إلا إذا أجازه الموكل لأن الصفقة له وقيل لا يصح مطلقا لما في هذه البيوع من غرر لا يحتمل وبناء على هذا إذا كان في البلد نقدان لزمه البيع بأغلبهما أما البيع بغبن فاحش فهو الذي لا يتسامح فيه الناس عادة أو اليسير فمغفور وهو الذي يحتمله الناس عادة كبيع ما يساوي عشرة بتسعة ومن عبارتهم مع التوكيل قول الموكل بعه بما عز وهان أي بكم شئت لكن لا يعني الإذن بالنسيئة فلو باع على أحد هذه الأنواع وسلم المبيع ضمن لتعديه فيسترده إن بقي وله بيعه بالإذن السابق وإذا باع وقبض الثمن لا يكون ضامنا للثمن لأنه أمين وإن تلف غرم الموكل قيمته من شاء من الوكيل والمشتري فإن وكله ليبيع مؤجلا وقدر الأجل فذاك أي التوكيل صحيح وله النقض منه كأن باعه إلى شهر بينما قال الموكل بعه إلى شهرين إلا إذا نهاه أو ترتب على التعجيل ضرر كأن يكون لحفظه مؤنة أو يترتب غزو ونهب وإن أطلق الموكل الأجل صح التوكيل في الأصح وحمل الأجل على المتعارف بين الناس في مثله أي في مثل مبيعه فإن لم يكن عرف راعى الأنفع لموكله ويلزمه الإشهاد وبيان المشتري إن باع بمؤجل وإلا ضمن حتى ولو كان ناسيا لتقصيره ولا يبيع الموكل بالبيع مطلقا لنفسه وولده الصغير أو المجنون أوالسفيه لئلا يلزم من ذلك توليه **طرفي العقد** والأصح أن يبيع لأبيه وابنه البالغ الراشد وسائر أصوله وفروعه عين المالك الثمن أم لم يعين كما لو باع لصديقه وكالعم فيزوج موليته لابنه البالغ إذا

---

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، المؤلف غير معروف ٢٢٨/٢

أطلقت الإذن وكذا البيع للزوج والزوجة فذلك جائز والأصح أن الوكيل بالبيع بحال له قبض الثمن وتسليم المبيع لأنه من توابع البيع ومقتضياته ما لم ينهه عن ذلك ولا يسلمه المبيع حتى بقبض الثمن الحال لإمكان الهرب وعدم الدفع." (١)

"قلت قال الغزالي وللقاضي تحليفها أن وليها لم يزوجها في الغيبة إن رأى ذلك

ومثل هذه اليمين التي لا تتعلق بدعوى هل هي مستحبة أم واجبة وجهان

والله أعلم

فرع إذا غاب الولي الأقرب الغيبة المعتبرة فالأولى للقاضي أن يأذن للأبعد أن يزوج أو يستأذن

فرع في فتاوى البغوي أن القاضي إذا زوج من غاب وليها ثم بعد العقد بحيث يعلم أنه كان قريبا من البلد عند العقد لم يصح النكاح

الطرف الرابع في تولي طرفي العقد فيه مسائل

إحداها هل يتولى الجد طرفي تزويج بنت ابنه الصغيرة أو الكبيرة بابن ابن آخر مولى عليه فيه وجهان

اختار ابن الحداد والقفال وابن الصباغ الجواز وصاحب التلخيص وجماعة من المتأخرين المنع

قلت قال الرافعي في المحرر رجح المعتبرون الجواز

والله أعلم

فإن جوزنا اشترط الإتيان بشقي الإيجاب والقبول على الأصح

وقيل يكفي أحدهما

وإن منعنا فإن كانت بالغة زوجها السلطان بإذنها ويقبل الجد للإبن

وإن كانت صغيرة وجب الصبر إلى أن تبلغ فتأذن أو يبلغ الصغير فيقبل

". (٢)

"(وكجيد ورديء) متميزين (بمثلهما أو بأحدهما) وقيمة الرديء دون قيمة الجيد كما هو الغالب (فباطل) لخبر مسلم عن فضالة بن عبيد قال: أتي النبي (صلى الله عليه وسلم) بقلادة فيها خرز وذهب تباع بتسعة دنانير فأمر النبي (صلى الله عليه وسلم) بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال: الذهب بالذهب وزنا

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، المؤلف غير معروف ٣٠٢/٢

(٢) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، المؤلف غير معروف ٧٠/٧

بوزن وفي رواية: لا تباع حتى تفصل ولان قضية اشتمال أحد طرفي العقد على مالين مختلفين توزيع ما في الآخر عليهما اعتبار بالقيمة كما في بيع شقص مشفوع وسيف بألف وقيمة الشقص مائة والسيف خمسون، فإن الشفيع يأخذ الشقص بثلثي الثمن، والتوزيع هما يؤدي إلى المفاضلة أو الجهل بالمماثلة، ففي بيع مد ودرهم بمدين إن كانت قيمة المد الذي مع الدرهم أكثر أو أقل منه لزمت المفاضلة أو مثله لزم الجهل بالمماثلة، فلو كانت قيمته درهمين فالمد ثلثا طرفه فيقابله ثلثا المدينة أو نصف درهم فالمد ثلث طرفه فيقابله ثلث المدينة فتلزم المفاضلة أو مثله، فالمماثلة مجهولة لانها تعتمد التقويم وهو تخمين قد يخطئ، وتعدد العقد هنا بتعددالبائع أو المشتري كاتحاده بخلاف تعدده بتفصيل العقد، بأن جعل في بيع مد ودرهم بمثلهما المد في مقابلة المد أو الدرهم، والدرهم في مقابلة الدرهم أو المد، ولو لم يشتمل أحد جانبي العقد على شئ مما اشتمل عليه الآخر كبيع دينار ودرهم بصاع بر وصاع شعير أو بصاعي بر أو شعير وبيع دينار صحيح واخر مكثر بصاع تمر برمي وصاع معقلي أو بصاعين برني أو معقلي جاز، فلهذا زدت جنسا لئلا يرد ذلك، وعبرت بالمبيع بدل تعبيره بالجنس." (١)

"ولأنه تلحقه تهمة ويتنافى الغرضان فلم يجز كما لو نهاه وعنه يجوز لأنه امتثل أمره وحصل غرضه فصح كما لو باع أجنبيا وإنما يصح بشرط أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء ويتولى النداء غيره لتنتفي التهمة قال القاضي ويحتمل أن لا يشترط ذلك وكذلك الحكم في بيعه لوكيله أو طفل يلي عليه أو ولده أو والده أو مكاتبه أو تزويجه لابنته إذا وكله أن يتزوج له لأنه يتهم في حقه ويترك الاستقصاء عليهم وإن أذن له الموكل في هذا جاز لانتفاء التهمة مع صريح الإذن وإن وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شرائه فله أن يتولى طرفي العقد كما يجوز للأب ذلك في حق ولده الصغير فصل

فإذا وكل عبدا في شراء عبد من سيده جاز لأنه يجوز أن يشتري من غير سيده فجاز منه كالأجنبي وإن وكله في شراء نفسه جاز لأنه يجوز أن يشتري غيره فجاز أن يشتري نفسه كالأجنبي فإن قال السيد ما اشتريت نفسك إلا لنفسك عتق لإقرار سيده بحريته والقول قول السيد في الثمن لأن الظاهر ممن باشر العقد أنه له ولو وكله سيده في إعتاق نفسه أو وكل غريمه في إبراء نفسه صح لأنه وكيله في إسقاط حق نفسه فجاز كتوكيل الزوجة في طلاقها وإن وكل غريمه في إبراء غرمائه لم يملك إبراء نفسه كما لو وكله في حبسهم لم يملك حبس نفسه وإن وكله في تفرقة صدقة لم يملك

---

(١) فتح الوهاب، المؤلف غير معروف ١/٢٨٠

". (١)

"أمتي صداقها ففيه روايتان إحداهما يصح العتق والنكاح ويصير عتقها صداقها لما روي أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها متفق عليه وفي رواية أصدقها نفسها والثانية لا يصح حتى يبتدىء العقد عليها بإذنها لأنه لم يوجد إيجاب ولا قبول فلم يصح العقد كما لو كانت حرة فعلى هذا ينفذ العتق وعليها قيمة نفسها لأنه إنما أعتقها بعوض لم يسلم له ولم يمكن إبطال العتق فرجعنا إلى القيمة ولا يجوز لأحد أن يتولى **طرفي العقد** غير من ذكرنا إلا السيد يزوج عبده من أمته فإن كان وكيلا للزوج والولي أو وكيلا للزوج وليا للمرأة أو وكيلا للولي وليا للزوج ففيه وجهان بناء على ما ذكرنا في الوكيل في البيع فصل

الشرط الثاني من شرائط النكاح أن يحضره شاهدان لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل رواه الخلال وعن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا بد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدان رواه الدارقطني وعن أحمد أن الشهادة ليست شرطا فيه لأن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وتزوجها بغير شهود ولأنه عقد معاوضة فلم تشترط الشهادة فيه كالبيع

". (٢)

"فعلى هذا لا يصح بيع المكروه ولا شراؤه ، لعدم تحقق الرضا منه ، وذلك أن الرضا أمر خفي ، يدل عليه التصرف القولي أو الفعلي حال عدم الإكراه ، وأما حال الإكراه فلم يبق القول الظاهر مظنة للرضا الخفي ، وإنما أصبح مشكوكا فيه أو مقطوعا بعدم وجوده ، فلم تعتبر الأقوال ، ولم يصح البيع .ومثل المكره من تلفظ بالبيع أو الشراء هازلا، لأنه في معنى المكره ، من حيث عدم الرضا بهذا التعامل وعدم القصد إليه .ويستثنى من عدم صحة بيع المكره ما لو كان الإكراه بحق ، كأن يكون على إنسان ديون يماطل في وفائها ، ولديه سلع يمتنع عن بيعها ، فللقاضي أن يجبره على بيعها لأداء الحقوق لأصحابها ، ويكون البيع هنا صحيحا إقامة لرضا الشارع مقام رضا العاقد .تعدد **طرفي العقد** : أي أن يوجد عاقدان بأن يكون البائع غير المشتري وذلك لأن مصالح كل منهما تتعارض مع مصالح الآخر، فالبائع يرغب بثمن أكبر وشروط أقل ، والمشتري يرغب بشروط في المبيع أفضل وبثمن أقل ، وهكذا . كما أن للبيع أحكاما تتعلق

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، المؤلف غير معروف ٢/٢٥٣

(٢) الكافي في فقه ابن حنبل، المؤلف غير معروف ٣/٢١

بقبض المبيع وأحكاما تتعلق بقبض الثمن ، وكل منها تترتب عليه مسؤوليات قد تعارض الأخرى ، فلا يمكن أن يكون الجميع من مسؤولية شخص واحد .وعلى هذا فلو وكل أحدا ببيع بعض أمواله فليس لهذا الوكيل أن يشتريها لنفسه ، ولو وكل أحدا بشراء سلع ما ، وكان الوكيل يملك هذه السلع فليس له أن يشتريها من نفسه لموكله . وكذلك لو كان رجل وكيلا عن شخصين : فليس له أن يشتري من مال أحدهما للآخر ، للمعنى الذي سبق ، ولأن حقوق البيع من قبض وتسليم وغيرها تتعلق بالوكيل ، وقد تحتاج إلى الخصومة والتقاضي ، فلا يمكن أن يكون الشخص الواحد خصما ومخاصما في آن واحد." (١)

"أن يقول: قد اشتريت هذا لنفسي من ابني بكذا، وبعت ذلك عليه، فيجمع بين لفظ البيع والشراء، قال: وغلط بعض أصحابنا وقال: تكفيه النية في ذلك من غير قول، لانه لا يخاطب نفسه.قال العمرانى: وليس بشئ، لانا قد أقمناه مقام المشترى في لفظ الشراء، ومقام البائع في لفظ البيع، ولو احتاج إلى قرض فأقرضه أبواه أو جده وأخذ من ماله رهنا، قال الصيمري: فيه وجهان، الاصح: أنه يجوز إلا أن يكون أقرضه متطوعا ثم أحب أن يأخذ بعد ذلك منه رهنا، فلا يكون له.وأما غير الاب والجد من الاولياء، كالوصي وأمين الحاكم (الحارس) فلا يجوز أن يبيع ماله من الصبى، ويتولى هو وحده **طرفي العقد**، ولا يجوز أن يشترى ماله بنفسه وقد استدل المصنف بخبر " لا يشترى الوصي من مال اليتيم " ولان غير الاب والجد يتهم في ذلك فلم يجز.قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن أراد أن يأكل من ماله نظرت، فان كان غنيا لم يجز، لقوله تعالى " ومن كان غنيا فليستعفف، وان كان فقيرا جاز أن يأكل، لقوله تعالى " ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف " وهل يضمن البدل ؟ فيه قولان.(أحدهما) لا يضمن، لانه أجيز له الاكل بحق الولاية فلم يضمنه.كالرزق الذى يأكله الامام من أموال المسلمين (والثانى) أنه يضمن، لانه مال لغيره أجيز له أكله للحاجة، فوجب ضمانه كمن اضطر إلى مال غيره.(الشرح) عن عائشة رضى الله عنها قوله تعالى " ومن كان غنيا فليستعففومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف " أنها نزلت في ولى اليتيم إذا كان فقيرا أنه يأكل منه مكان قيامه عليه بالمعروف وفى لفظ " أنزلت في والى اليتيم الذى يقوم عليه ويصلح ماله إن فقيرا أكل منه بالمعروف " متفق عليه.وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: انى فقير ليس لى شئ، ولى يتيم فقال: كل من مال يتيمك غير مسرف." (٢)

---

(١) الفقه المنهجي، المؤلف غير معروف ٦/٦

(٢) المجموع، المؤلف غير معروف ٣٥٧/١٣

"وقال ربيعه ومالك والثوري وأبو حنيفة وأصحابه: يصح، دليلنا ما روت عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل فان تشاجروا فالسلطان ولى من لا ولى له).وحديث أبى هريرة (لا نكاح إلا بأربعة خاطب وولى وشاهدان) وهذا لميحضره الا ثلاثة، وشرط أن يكون ولى وخاطب ولم يوجد ذلك، ولانه لو وكل وكيلا ليبيع له سلعة لم يجز للوكيل أن يبتاعها من نفسه، فكذلك هذا مثله، وقد وفقنا أبو حنيفة على البيع، وخلفنا مالك فيه وقد مضى في البيع.إذا ثبت هذا: فأراد ابن العم أن يتزوجها فان كان هناك ولى لها في درجته تزوجها منه، وان لم يكن هناك ولى في درجته بل كان أبعد منه أو لا ولى لها تزوجها من السلطان لانها تصير في حقه بمنزلة من لا ولى لها فيتزوجها من السلطان.(فرع) إذا أراد الحاكم أن يتزوج امرأة لا ولى لها فانه يتزوجها من الامام قال ابن الصباغ: أو يرد ذلك إلى من يزوجه اياها ويتولى طرفي العقد لانه إذا تزوجها من الحاكم فهو قائم من جهته فصح أن يتولى ذلك.والثانى: لا يصح أن يتولى العقد بنفسه بل يتزوجها الحاكم لان الحاكم ليس بوكيل له، وانما هو نائب عن المسلمين، ولهذا لا يملك الامام عزله من غير سبب.(فرع) وان أراد الجد أن يزوج ابنه الصغير بابنة ابن له آخر ففيه وجهان أحدهما: لا يصح، وهو اختيار ابن القاص لقوله صلى الله عليه وسلم (لا نكاح الا بولي وخاطب وشاهدي عدل) والثانى: يصح، وهو اختيار ابن الحداد والقاضى أبى الطيب لانه يملك طرفي العقد بغير تولية فجاز أن يتولاه ههنا كبيع مال الصغير من نفسه، وأما الخبر فمحمول إذا كان الولى غير الخاطب فعلى هذا لا تصح الولاية الا بشروط.(أحدها) إذا كان أبواهما ميتين أو فاسقين أو أحدهما ميتا والآخر فاسقا لانه لا ولاية للجد الرشيد عليهما مع ثبوت ولاية الابوين عليهما.(الشرط الثاني) أن يكون ابن الابن صغيرا أو مجنونا (الثالث) أن تكون الابنة بكرا فأما إذا كانت ثيبا فلا يملك تزويجها بحال." (١)

"إجبارها على مهر المثل فيما أطلق، ولا على الذى نص عليه من المقدر لانها لم ترض به فخير بين الامرين ليزول الضرر عنهما.ومن أصحابنا من قال فيما قدر العوض فيه لا يقع الطلاق لانه خالف نصه، وفيما أطلق يقع الطلاق لانه لم يخالف نصه، وإنما خالفه من جهة الاجتهاد، وهذا يبطل بالوكيل في البيع فانه لا فرق بين أن يقدر له الثمن فباع بأقل منه وبين أن يطلق فباع بما دون ثمن المثل وإن خالعها على خمر أو خنزير لم يقع الطلاق، لانه طلاق غير مأذون فيه، ويخالف وكيل المرأة فانه لا يوقع الطلاق وإنما يقبله، فإذا كان العوض فاسدا سقط ورجع إلى مهر المثل (الشرح) الاحكام: يجوز التوكيل في الخلع من جهة الزوجة والزوج لانه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع، ويجوز أن يكون الوكيل منهما مسلما وكافرا

(١) المجموع، المؤلف غير معروف ١٦/١٧٦

حرا وعبدا، رشيدا ومحجورا عليه، ويجوز أن يكون الوكيل من جهة الزوجة امرأة، وهل يجوز أن يكون وكيل الزوج امرأة ؟ فيه وجهان المنصوص أنه يصح، لان من صح منه عقد المعاوضة صح أن يكون وكيلا فيه كالبيع.والثانى لا يصح لانها لا تملك إيقاع الطلاق بنفسها فلم تملك في حقه غيرها.قال الشافعي: ويجوز أن يكون وكيل واحد عنه وعنها.فمن أصحابنا من حمله على ظاهره وقال يجوز أن يلي الواحد **طرفي العقد** في الخلع كما يجوز أن يوكل الرجل امرأة في طلاقها، ومنهم من قال لا يصح كما لا يصح في النكاح أن يكون الواحد موجبا قابلا، وحمل النص على أنه يجوز لكل واحد منهما أن يوكل وحده.إذا ثبت هذا فان الوكالة تصح منهما مطلقا ومقيدا كما قلنا في البيع، فإذا طلقت الوكيلة اقتضت مهر المثل كالوكيل في البيع والشراء.والمستحب أن يقدر الموكل منهما العوض لوكيله لانه أبعد من الغرر، فان وكلت المرأة في الخلع نظرت فانأطلقت الوكالة فان الاطلاق يقتضى مهر المثل حالا من نقد البلد، فان خالع عنها بذلك صح ولزمها أداء ذىك، وان خالعها بدون مهر مثلها أو مهر مثلها مؤجلا صح لانه زادها بذلك حيرا.قال ابن الصباغ: وهكذا ان خالع عنها بدون نقد البلد صح لانه زادها خيرا، وإن خالع بأكثر من مهر مثلها وقع الطلاق.قال الشافعي في الاملاء: ويكون المسمى فاسدا فيلزمها مهر مثلها، لانه خالع على." (١)

"كاملا حرر ا هـ ح ل قوله ولا فيما أثرت فيه نار عبارة أصله مع شرح م ر ولا تكفي مماثلة ما أثرت فيه النار بالطبخ كاللحم أو القلي كالسمسم أو الشي كالبيض أو العقد كالدبس والسكر والفانيد واللبا لأن تأثير النار لا غاية له فيؤدي إلى الجهل بالمماثلة فلا يجوز بيع بعضه ببعض وإنما صح السلم في هذه الأربعة للطافة نارها أي انضباطها ولأنه أوسع انتهت قوله ودبس بكسر الدال وسكون الباء وبكسرتين عسل التمر وعسل النحل ا هـ قاموس ا هـ ع ش وفي المصباح الدبس بالكسر عصارة الرطب ومثله المختار قوله ولو بنار أي والحال أنه بنار قالوا وللحال إذ الكلام إنما هو في التأثير بالنار ا هـ شيخنا قوله كعسل وسمن أي وذهب وفضة ا هـ شرح م ر قوله عن الشمع في المختار الشمع بفتحتين الذي يستصبح به قال الفراء هذا كلام العرب والمولدون يسكنونه والشمعة أخص منه ا هـ وقضيته أن الشمعة بفتح الميم أيضا وأنه مما يفرق بينه وبين واحده بالتاء ا هـ ع ش قوله أما قبل التمييز إلخ وفارق بيع التمر ببعضه وفيه نواه بأن النوى غير مقصود بخلاف الشمع في العسل فاجتماعهما مفض للجهالة ا هـ شرح م ر قوله وإذا جمع عقد إلخ هذه هي المسألة المشهورة بين الطلبة بمد عجوة ودرهم وهي صعبة المرام خصوصا في التصوير لأن صورها لا تنحصر بالعد وضابطها أن يشتمل كل من **طرفي العقد** الواحد على جنس متحد فيهما سواء كان وجوده

---

(١) المجموع، المؤلف غير معروف ٣٤/١٧

حقيقيا فيهما أو ضمنيا في طرف وحقيقيا في الآخر ومع أحدهما أو كل منهما عين أخرى ربوية أو لا مخالفة له جنسا أو نوعا أو صفة وقد ألفت فيها رسالة جامعة لأطرافها فمن أرادها فليرجع إليها ا هـ برماوي قوله عقد أي واحد وسيأتي محترزه في قوله وتعدد العقد هنا إلخ وقوله جنسا أي واحدا وسيأتي محترزه في قوله ولو لم يشتمل إلخ قوله من الجانبين نعت ل جنسا و من بمعنى في أي جنسا كائنا في الجانبين وقوله واختلف المبيع أي تعدد والمراد به ما يشمل الثمن وتعدده صادق بأن يكون كله ربويا كأمثلة." (١)
"

الحكم الثاني لا يزوج الوصي الأطفال وقد ذكرناه

الثالث لا يتولى الوصي طرفي العقد ولا يبيع ماله من نفسه بخلاف الأب فإنه جوز له ذلك لقوة الأبوة

نعم لو أن يوكل في التصرفات الجزئية كما للأب وليس له الإيصاء بخلاف الأب

الرابع الوصاية عقد جائز وللوصي عزل نفسه مهما شاء

قال أبو حنيفة رحمه الله ليس له عزل نفسه بعد موت الموصي

الخامس إذا لم يملك إلا عبدا وأوصى بثلث ماله فليس للوصي إلا بيع ثلث العبد

وقال أبو حنيفة رحمه الله له بيع الكل فإن التشقيص بنقص من الثلث

السادس للوصي أن يشهد على الأطفال وله أن يشهد لهم بما لا يستفيد بشهادته سلطنة واتساع تصرف حتى لو كان وصيا بالتصرف في الثلث وشهد لهم بمال لا يجوز إذ يتسع به الثلث فيتسع تصرفه

". (٢)

" الفصل الرابع في تولي طرفي العقد

أعلم أن الأب يتولى طرفي البيع في مال ولده وكذا الجد لقوة الولاية ولكثرة الحاجة في البيع وعسر مراجعة السلطان وهل يتولى الجد طرفي النكاح في حفدته فيه وجهان مبنيان على أن العلة في البيع قوة الولاية وحدها أم مع كثرة الحاجة إلى البيع فإن النكاح نادر

فإن قلنا يتولى فهل يكفيه النطق بأحد الشقين فيه وفي البيع ثلاثة أوجه

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، المؤلف غير معروف ٤٤٢/٥

(٢) الوسيط، المؤلف غير معروف ٤٩٣/٤

أحدها يكفي لأن رضاه بأحد الطرفين رضا بالآخر فلا معنى لجوابه نفسه

والثاني لا لأن معنى التحصيل غير معنى الإزالة فلا بد من لفظين

". (١)

"

والثالث أنه لا يكفي في النكاح للتعبد في صيغته بخلاف البيع

وإن قلنا لا يتولى فيفوض إلى السلطان أحد الطرفين وقيل إنه يوكل لأن الجهة قوية وإنما يحتاج إلى الغير لنظم التخاطب وللتعبد

فأما الجهة التي لا تفيد الإجبار فلا تفيد تولي الطرفين للعقد فلا يزوج ابن العم من نفسه بل يزوجه من في درجته أو السلطان ولا يكفيه التوكيل فإن وكيله بمثابته وكذا المعتق والقاضي والحاكم المنصوب عن جهة القاضي يزوج منه لأن حكمه نافذ عليه وكأنه من جهة السلطان لا كالوكيل ومنهم من استثنى الإمام الأعظم وقال له تولي الطرفين لقوة الإمامة

والصحيح أن الوكيل من الجانبين في النكاح لا يتولى **طرفي العقد** وكذا في البيع وقال أبو حنيفة رحمه الله يجوز للولي والوكيل تولي طرفي النكاح دون البيع

". (٢)

"فحدثني١ عن ابن سيرين أنه كان لا يرى به بأسا.٢وكان الحسن يقول: لا، حتى يأتي السلطان.٣قال أحمد: [لا يزوج نفسه حتى يولي]٤ رجلا يزوجها على حديث٥ المغيرة بن شعبة.______________١ القائل هو الراوي عن سفيان الثوري.٢ وهو قول سفيان الثوري أيضا.انظر: عن قوليهما: المغني: ٤٧٠/٦.وعن قول الثوري أيضا: الإشراف: ٤٢/٤، وفتح الباري: ١٨٨/٩.٣ ونسب إليه في الإشراف: ٤٢/٤، والمغني: ٤٧٠/٦، مثل قول ابن سيرين، ولعل ذلك روايتان عنه.٤ ما بين المعقوفين عبارة ع، وعبارة ظ "لا تزوج نفسها حتى تولي"، وما أثبت يقتضيه سياق الكلام.٥ قال ابن قدامة في المغني: "قال أحمد -رحمه الله- في رواية ابن منصور: لا يزوج نفسه حتى يولي رجلا على حديث المغيرة بن شعبة،

---

(١) الوسيط، المؤلف غير معروف ٧٧/٥

(٢) الوسيط، المؤلف غير معروف ٧٨/٥

وهو ما روى أبو داود بإسناده عن عبد الملك بن عمير "أن المغيرة بن شعبة أمر رجلا زوجه امرأة المغيرة أولى بها منه" ا.وما ذكره من أن الحديث رواه أبو داود فيه نظر، حيث إني لم أجده في مظانه من سنن أبي داود.والحديث أخرجه البخاري معلقا تحت باب إذا كان الولي هو الخاطب.وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري: هذا الأثر وصله وكيع في مصنفه، والبيهقي من طريقه عن الثوري عن عبد الملك بن عمير "أن المغيرة بن شعبة أراد أن يتزوج امرأة وهو وليها، فجعل أمرها إلى رجل المغيرة أولى منه فزوجه".وأخرجه عبد الرزاق عن الثوري وقال فيه: "فأمر أبعد منه فزوجه".وأخرجه سعيد بن منصور من طريق الشعبي ولفظه: "أن المغيرة خطب بنت عمه عروة بن مسعود، فأرسل عبد الله بن أبي عقيل فقال: زوجنيها، فقال: ما كنت لأفعل، أنت أمير البلد وابن عمها، فأرسل المغيرة إلى عثمان بن أبي العاص فزوجها منه" ا. .قال الشيخ الألباني عن صاحب منار السبيل الذي نسب الحديث إلى أبي داود: "وعزو المصنف لهذا الأثر إلى أبي داود، ما هو إلا وهم، فإنه ليس في سننه، ولو كان عنده لم يخف على الحافظ إن شاء الله تعالى"، وصححه الشيخ الألباني.وعدم جواز تولي **طرفي العقد** للولي الذي يرغب في نكاح من هو ولي لها إحدى الروايتين عن الإمام أحمد في المسألة.ونقل المرداوي عن الزركشي أنه قال عن هذه الرواية: "هذه الرواية أشهرهما وأنصهما" ا..والرواية الثانية: مثل قول الأئمة ابن سيرين والثوري وإسحاق، وهو أنه يجوز ذلك.قال المرداوي: "وهذا المذهب" ا.." (١)

"الطلب لأن كل واحد من المتعاقدين طالب من الآخر مقصوده فمتى تكلم بصيغة العقد وطال الفصل ثم طلب مقصوده الذي طلبه أولا طلبا ثانيا كان هذا بمنزلة ابتدائه الطلب حينئذ وكان ترك ذكره للعوض الآخر من باب المحذوف المدلول عليه ويمكن أن تبنى هذه المسألة على الشرط المتقدم على العقد هل هو بمنزلة المقارن وهذا بناء صحيح

قوله وعنه يصح في النكاح ولو بعد المجلس

قال القاضي قد علق القول في رواية أبي طالب في رجل مشى إليه قوم فقالوا زوج فلانا فقال قد زوجته على ألف فرجعوا إلى الزوج فأخبروه فقال قد قبلت هل يكون هذا نكاحا قال نعم قال وظاهر هذا أنه حكم بصحته بعد التفرق عن مجلس العقد قال وهذا محمول على أنه قد كان وكل من قبل العقد عنه ثم أخبر بذلك فأمضاه

وقال أبو بكر في كتاب المقنع مسألة أبي طالب متوجهة على قولين

---

(١) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (الجامعة الإسلامية)، المؤلف غير معروف ٤/١٤٩٥

أحدهما لا يجوز باتفاق الولي والزوج والشهود في مجلس واحد قال وعلى ظاهر مسألة أبي طالب يجوز وبالأول أقول وقال ابن عقيل وهذا يعطى أن النكاح الموقوف صحيح وشيخنا حمل المسألة على أنه وكل ذلك في قبوله ولا وجه لترك ظاهر كلام الرجل والرواية ظاهرة ولا يترك ظاهرها بغير دلالة من كلامه فيها لا في غيرها لأنا لو صرفنا رواية عن ظاهرها برواية لم يبق لنا في المذهب روايتان

قال الشيخ تقي الدين قد أحسن ابن عقيل وهو طريقة أبي بكر فإن هذا ليس تراخيا للقبول عن المجلس وإنما هو تراخ للاجازة والعقد انعقد بقوله زوجت فلانا فيكون قد تولى واحد **طرفي العقد** وإن كان في أحدهما

". (١)

"مأخوذ من الباع، لأن كل واحد من المتبايعين، يمد باعه للأخذ والإعطاء(١) وشرعا (مبادلة مال ولو في الذمة)(٢) بقول أو معاطاة(٣) والمال عين مباحة النفع بلا حاجة(٤) (أو منفعة مباحة) مطلقا(٥) (كممر) في دار أو غيرها(٦) (بمثل أحدهما) متعلق بمبادلة، أي بمال أو منفعة مباحة(٧).__________(١) هذا قول الأكثر، وقيل من المبايعة في العهد، مصدر باع يبيع إذا ملك، ولفظ البيع والشراء، كل منهما يطلق على ما يطلق عليه الآخر، وما دخلت عليه الباء فهو الثمن.(٢) كعبد وثوب صفته كذا، والمبادلة: جعل شيء في مقابلة شيء آخر، وأتى بصيغة المفاعلة لأن البيع لا يكون إلا بين اثنين، حقيقة أو حكما، كتولي **طرفي العقد**.(٣) وهما صورتا البيع الآتي ذكرهما.(٤) احترازا من كلب الصيد ونحوه، فإنه لا يباح إلا لحاجة.(٥) أي لا تختص إباحتها بحال دون أخرى، بل في كل حال.(٦) كبقعة تحفر بئرا.(٧) نحو بيع كتاب بكتاب، أو بممر في دار، أو بيع نحو ممر في دار بكتاب أو بممر في دار أخرى.." (٢)

"أو يخير أحدهما الآخر(١) فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع» متفق عليه(٢) لكن يستثنى من البيع الكتابة(٣) وتولي **طرفي العقد**(٤) وشراء من يعتق عليه(٥) أو اعترف بحريته قبل الشراء(٦).__________(١) أي يشترط أحدهما الخيار مدة معلومة، أو شرطاه معا، وحكاه الوزير اتفاقا، قال الشيخ: يثبت في كل العقود، ولو طالت المدة، وقيل: أو اختار أحدهما إمضاء البيع قبل

---

(١) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، المؤلف غير معروف ١/٢٥٨

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم، المؤلف غير معروف ٧/٣٠٥

التفرق، لزم البيع حينئذ وبطل اعتبار التفرق، قال ابن القيم: إذا أسقطا الخيار قبل التفرق سقط على الصحيح، ودل عليه النص.(٢) أي لزم، وتم، ونفذ وفيه «وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع».(٣) أي فلا خيار فيها، لأنها وسيلة للعتق، أو تراد له.(٤) كأن يوكله إنسان على بيع سلعة، ويوكله آخر على شرائها، فلا خيار له، لأنه المتولي للبيع والشراء، وكذا متولي طرفي عقد هبة بعوض، أو متولي طرفي صلح بمعنى البيع، وسائر صور البيع، إذا تولى طرفيها واحد لا خيار فيها، لانفراده بالعقد، كهذه السلعة بكذا، قد اشتريتها من زيد لعمرو بكذا، فلا يمكن أن يفسخ في المجلس، بل يتم العقد لضرورة أن لا مجلس يتفرق فيه، إذ هو شخص واحد، لا يمكن افتراقه فنفذ ولا خيار.(٥) لقرابة، أو تعليق لعتقه بمجرد الانتقال، فكما لو باشر عتقه.(٦) بأن أقر بأنه حر، أو شهد بذلك فردت شهادته، ثم اشتراه، لم يثبت له خيار المجلس، لأنه صار حرا باعترافه السابق، وشراؤه له افتداء واستنقاذ.." (١)

"لكن إن حجر على الموكل، وكانت في أعيان ماله بطلت (١) لانقطاع تصرفه فيها (٢) (ومن وكل في بيع أو شراء، لم يبع ولم يشتر من نفسه)(٣) لأن العرف في البيع بيع الرجل من غيره، فحملت الوكالة عليه (٤) ولأنه تلحقه تهمة (٥).____________(١) أي الوكالة فيما حجر عليه فيه من أعيان ماله، كأن يقول لوكيله: بع داري أو غلامي، أو نحوه.(٢) بالحجر عليه فيها، بخلاف ما لو كانت الوكالة في ذمته، كأن يقول: اشتر لي كذا وكذا.(٣) أي من وكل في بيع شيء لم يجز أن يبيعه لنفسه، ومن وكل في شراء شيء لم يجز أن يشتري من نفسه، وهذا مذهب الشافعي، وأصحاب الرأي.(٤) يعني كما لو صرح به، ولأن العرف في الشراء من غيره، فشراؤه من نفسه لموكله خلاف العرف، فكما لو صرح فقال: اشتره من غيرك.(٥) أي في بيعه من نفسه لنفسه، وشرائه من نفسه لنفسه، وعليه الجمهور، وعنه: يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه في النداء، أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشترين. وفي الكافي: لأنه امتثل أمره، وحصل غرضه، فصح كما لو باع أجنبيا، وإنما يصح بشرط أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء، ويتولى النداء غيره، لتنتفي التهمة، وذكر في الإنصاف احتمالا: لا يعتبران. لأن دينه، وأمانته تحمله على عمل الحق، وربما زاد خيرا، ومحل الخلاف ما لم يأذن له، فإن أذن له في الشراء لنفسه جاز، وكذا في شرائه من نفسه، إلا في وجه عند الشافعية، وهو قد وكله في التصرف لنفسه فجاز، ويتولى **طرفي العقد** في ذلك، كتوكيله في بيعه،

______

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، المؤلف غير معروف ٣٨٨/٧

وتوكيل آخر في شرائه، ولا يجوز للدلال أن يكون شريكا فيمن يزيد منغير علم البائع، لأنه يحب أن لا يزيد أحد عليه، فلا ينصح، وإذا تواطأ جماعة على ذلك استحقوا التعزير، ومنه: أن يمنعوا من المناداة.." [(١)]

"سن تقديم أفضل، فأسن(١) فإن تشاحوا أقرع(٢) ويتعين من أذنت له منهم(٣) ومن زوج ابنه ببنت أخيه ونحوه(٤) صح أن يتولي طرفي العقد(٥).ويكفي: زوجت فلانا فلانة(٦). وكذا ولي عاقلة تحل له(٧) إذا تزوجها بإذنها كفي قوله: تزوجتها(٨).____________(١) أي أفضل علما ودينا، وإن استووا فأسن، لقوله – عليه السلام – «كبر، كبر» أي قدم الأكبر، ولأنه أحوط للعقد في اجتماع شروطه، والنظر في الحظ.(٢) أي أقرع بينهم لتساويهم، فإن سبق غير من قرع، وقد أذنت له صح، لأنه صدر من ولي كامل الولاية، بإذن موليته.(٣) فيزوجها دون غيره، وإن زوج وليان لاثنين، فهي للأول منهما بلا خلاف، وإن جهل السابق مطلقا، أو علم ثم نسي، أو علم السبق وجهل السابق، فسخها حاكم، نص عليه، ولا يتعين، فلو طلقا أغنى عن فسخه، وهو أحوط، وعنه: يقرع بينهما، وهي للقارع، من غير تجديد عقد وهو ظاهر كلام الجمهور، واختاره الشيخ.(٤) كما لو زوج ابنه الصغير بصغيرة هو وليها، أو زوج وصي في نكاح صغيرا بصغيرة تحت حجره، أو وكل زوج وليا، أو عكسه، أو وكلا واحدا، ونحوه.(٥) لما روى البخاري تعليقا: أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم ابنة قارظ: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم. قال: قد تزوجتك. ولأنه يملك الإيجاب والقبول، فجاز أن يتولاهما، وكما لو زوج أمته عبده الصغير، ولأن وكيله يجوز أن يلي العقد عليها لغيره، فجاز أن يليها عليه له، إذا كانت تحل له، كالإمامإذا أراد أن يتزوج موليته، ولأنه صلى الله عليه وسلم أعتق صفية، وجعل عتقها صداقها.(٦) أي ويكفي في عقد النكاح –ممن يتولي طرفيه– قول: زوجت فلان وينسبه – فلانة. وينسبها، من غير أن يقول: وقبلت له نكاحها.(٧) كابن عم، ومولي، وحاكم.(٨) أي من غير أن يقول: قبلت نكاحها لنفسي، لما تقدم، لأن إيجابه يتضمن القبول، ولغيره يقول: تزوجتها لموكلي فلان، أو لفلان. وينسبه.." [(٢)]

"حكم الخلوة بالمرأة والأمرد وحيوان يشتهى ... ٢٣٨حكم التصريح بالخطبة للمعتدة والتعريض وخطبة الثاني مع التفصيل ... ٢٣٨استحباب العقد مساء الجمعة وخطبة ابن مسعود، الدعاء بعده ... ٢٤٣فصل: في ذكر أركان النكاح وصحة العقد بكل لفظ يدل عليه ... ٢٤٦تقدم القبول على الإيجاب وتأخره مع التوضيح ... ٢٤٩فصل: في ذكر شروط النكاح والحكمة فيها وتعريف الشرط ... ٢٥٢له

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، المؤلف غير معروف ٩/٢١٢

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم، المؤلف غير معروف ١١/٢٤٦

شروط أربعة أحدها تعيين الزوجين ... ٢٥٢فصل: الثاني رضاهما إلا ما استثني ... ٢٥٥عدم إجبار البكر البالغة والمتعنسة ... ٢٥٦من لا يزوج من الأولياء إلا بالإذن ... ٢٥٨تعريف الإذن مع التوضيح له ... ٢٦٠فصل: الثالث الولي وشروطه سبعة مع التوضيح لها ... ٢٦٢ذكر الأولياء لتزويجها مع الترتيب والتوضيح ... ٢٦٥مبنى الولاية على الشفقة والنظر ... ٢٦٨مسوغات تزويج الأبعد ... ٢٧٠وكيل الولي، وصيغة قوله ... ٢٧٢استواء الوليين فأكثر وتولي **طرفي العقد** ... ٢٧٣فصل: الرابع الشهادة ... ٢٧٦ما يشرط في الشاهدين ... ٢٧٧تعريف الكفاءة وأنها شرط للزوم النكاح ... ٢٧٨باب المحرمات في النكاح ... ٢٨٣ذكر من تحرم منهن إلى الأبد بالتفصيل ... ٢٨٣ذكر القسم الثاني والثالث مع التفصيل لمن تحرم بالرضاع ... ٢٨٦الرابع من تحرم بالمصاهرة مع التفصيل ... ٢٨٨ذكر الربائب المحرمات وغيرهن ... ٢٩٠فصل في الضرب الثاني من المحرمات ... ٢٩٤المحرمات إلى أمد وهن نوعان ... ٢٩٤ذكر من تحرم لأجل الجمع بالتفصيل ... ٢٩٤إن طلقت المرأة وفرغت العدة أبحن ... ٢٩٦حكم الجمع بينهما في عقد أو عقدين أو في عدة الأخرى ... ٢٩٧ملك أخت زوجته وحكم وطئها ... ٢٩٩تعدد الزوجات للحر والعبد وحكم انقضاء عدة الإماء ... ٣٠٠ذكر من تحرم لعارض بالتفصيل والتوضيح ... ٣٠١حكم مناكحة الكفار والمشركين وغيرهم ... ٣٠٥لا ينكح حر مسلم أمة مسلمة إلا بشرطين ... ٣٠٦لا ينكح عبد سيدته ولا سيد أمته، للتنافي ... ٣٠٨." (١)

" خيار المجلس خيار المتبايعين

أي باب خيار المتبايعين فحذف اختصارا

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : والمتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما

فصل : أحدها : أن البيع يقع جائزا ولكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع ماداما مجتمعين لم يتفرقا وهو قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأبي برزة وبه قال سعيد بن المسيب و شريح و الشعبي و عطاء و طاوس و الزهري و الأوزاعي و ابن أبي ذئب و الشافعي و إسحاق و أبو عبيد و أبو ثور وقال مالك وأصحاب الرأي : يلزم العقد بالإيجاب والقبول ولا خيار لهما لأنه روي عن عمر رضي الله عنه : البيع صفقة أو خيار ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرده كالنكاح والخلع ولنا ما روى ابن عمر [عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال : إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا أو يخير أحدهما الآخر فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، المؤلف غير معروف ١٢/٦٥

وإن لم لم يتفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع] متفق عليه و [قال صلى الله عليه و سلم : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا] رواه الأئمة كلهم ورواه عبد الله بن عمر و عبد الله و حكيم بن حزام و أبو برزة الأسلمي واتفق على حديث ابن عمر و حكيم ورواه عن نافع عن ابن عمر مالك و أيوب و عبيد الله بن عمر و ابن جريج و الليث بن سعد و يحيى بن سعيد وغيرهم وهو صريح في حكم المسألة وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته للحديث مع روايته له وثبوته عنده وقال الشافعي رحمه الله : لا أدري هل أتهم مالك نفسه أو نافعا ؟ وأعظم أن أقول عبد الله بن عمر وقال ابن أبي ذئب : يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث فإن قيل المراد : بالتفرق ههنا التفرق بالأقوال كما قال الله تعالى : ﴿ وما تفرق الذين أوتوا الكتاب ﴾ و [قال النبي صلى الله عليه و سلم : ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة] أي بالأقوال والاعتقادات قلنا : هذا باطل لوجوه منها : أن اللفظ لا يحتمل ما قالوه إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه الثاني : إن هذا يبطل فائدة الحديث إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه أو تركه الثالث : إنه قال في الحديث : [إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار] فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما وقال : [وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع] الرابع : أنه يرده تفسير ابن عمر للحديث بفعله فإنه كان إذا بايع رجلا مشى خطوات ليلزم البيع وتفسير أبي برزة له بقوله على مثل قولنا وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه وقول عمر : البيع صفقة أو خيار معناه أن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار وبيع لم يشترط فيه سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه فإنه روى عنه أبو إسحاق الجوزجاني مثل مذهبنا ولو أراد ما قالوه لم يجز أن يعارض به قول النبي صلى الله عليه و سلم فلا حجة في قول أحد مع قول رسول الله صلى الله عليه و سلم وقد كان عمر إذا بلغه قول النبي صلى الله عليه و سلم رجع عن قوله فكيف يعارض قوله بقوله ؟ على أن قول عمر ليس بحجة إذا خالفه بعض الصحابة وقد خالفه ابنه و أبو برزة وغيرهما ولا يصح قياس البيع على النكاح لأن النكاح لا يقع غالبا إلا بعد روية ونظر وتمكث فلا يحتاج إلى الخيار بعده ولأن في ثبوت الخيار فيه مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلع المبيعة فلم يثبت فيه خيار لذلك ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية والحكم في هذه المسألة ظاهر لظهور دليله ووهاء ما ذكره المخالف في مقابلته والله أعلم

الفصل الثاني : أن البيع يلزم بتفرقهما لدلالة الحديث عليه ولا خلاف في لزومه بعد التفرق والمرجع في التفريق إلى عرف الناس وعادتهم فيما يعدونه تفرقا لأن الشارع علق عليه حكما ولم يبينه فدل ذلك على

أنه أراد ما يعرفه الناس كالقبض والإحراز فإن كنا في فضاء واسع كالمسجد الكبير والصحراء فبأن يمشي أحدهما مستديرا لصاحبه خطوات وقيل : هو أن يبعد منه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة قال أبو الحارث : سئل أحمد عن تفرقه الأبدان فقال : إذا أخذ هذا كذا وهذا كذا فقد تفرقا وروى مسلم عن نافع قال : فكان ابن عمر إذا بايع فأراد أن لا يقيله مشى هنيهة ثم رجع وإن كانا في دار كبيرة ذات مجالس وبيوت فالمفارقة من بيت إلى بيت أو إلى مجلس أو صفة أو من مجلس إلى بيت أو نحو ذلك فإن كانا في دار صغيرة فإذا صعد أحدهما السطح أو خرج منها فقد فارقه وإن كانا في سفينته صغيرة خرج أحدهما منها ومشى وإن كانت كبيرة صعد أحدهما على أعلاها ونزل الآخر في أسفلها وهذا كله مذهب الشافعي فإن كان المشتري هو البائع مثل أن يشتري لنفسه من مال ولده أو اشترى لولده من مال نفسه لم يثبت فيه خيار المجلس لأنه تولى طرفي العقد فلم يثبت له خيار كالشفيع ويحتمل أن يثبت فيه ويعتبر مفارقة مجلس العقد للزومه لأن الافتراق لا يمكن ههنا لكون البائع هو المشتري ومتى حصل التفرق لزم العقد قصدا ذلك أو لم يقصداه علماه أو جهلاه لأن النبي صلى الله عليه و سلم علق الخيار على التفرق وقد وجد ولو هرب أحدهما من صاحبه لزم العقد لأنه فارقه باختياره ولا يقف لزوم العقد على رضاهما ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع ولو أقاما في المجلس وسدلا بينهما سترا أو بنيا بينهما حاجزا أو ناما أو قاما فمضيا جميعا ولم يتفرقا فالخيار بحاله وإن طالت المدة لعدم التفرق وروى أبو داود و الأثرم بإسنادهما عن أبي الرضى قال : غزونا غزوة لنا فنزلنا منزلا فباع صاحب لنا فرسا بغلام ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما فلما أصبحا من الغد فحضر الرحيل قام إلى فرسه يسرجه فندم فأتى الرجل وأخذه بالبيع فأبى الرجل أن يدفع إليه فقال : بيني وبينك أبو برزة صاحب رسول الله صلى الله عليه و سلم فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر فقالا له هذه القصة فقال : أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه و سلم ؟ [قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا] ما أراكما افترقتما فإن فارق أحدهما الآخر مكرها احتمل بطلان الخيار لوجود غايته وهو التفرق ولأنه لا يعتبر رضاه في مفارقة صاحبه له فكذلك في مفارقته لصاحبه وقال القاضي : لا ينقطع الخيار لأنه حكم علق عليه الطلاق ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين فعلى قول من لا يرى انقطاع الخيار إن أكره أحدهما على فرقة صاحبه انقطع خيار صاحبه كما لو هرب منه وفارقه بغير رضاه ويكون الخيار للمكره منهما في المجلس الذي يزول عنه فيه الإكراه حتى يفارقه وإن أكرها جميعا انقطع خيارهما لأن كل واحد منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر له فأشبه ما لو

أكره صاحبه دونه وذكر ابن عقيل من صور الإكراه ما لو رأيا سبعا أو ظالما خشياه فهربا فزعا منه أو حملهما سيل أو فرقت ريح بينهما

فصل : وإن خرس أحدهما قامت إشارته مقام لفظه إن لم تفهم إشارته أو جن أو أغمي عليه قام وليه من الأب أو وصيه أو الحاكم مقامه وهذا مذهب الشافعي وإن مات أحدهما بطل خياره لأنه قد تعذر منه الخيار والخيار لا يورث وأما الباقي منهما فيبطل خياره أيضا لأنه يبطل بالتفرق والتفرق بالموت أعظم ويحتمل أن لا يبطل لأن التفرق بالأبدان لم يحصل فإن حمل الميت بطل الخيار لأن الفرقة حصلت بالبدن والروح معا

فصل : وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده [أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله] رواه النسائي و الأثرم و الترمذي وقال : حديث حسن وقوله : إلا أن تكون صفقته خيار يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار فإنه لا يلزم بتفرقهما ولا يكون تفرقهما غاية للخيار فيه لكونه ثابتا بعد تفريقهما ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرطا فيه أن لا يكون بينهما فيه خيار فيلزم بمجرد العقد من غير تفرق وظاهر الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين لصاحبه خشية من فسخ البيع وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم فإنه ذكر له فعل ابن عمر وحديث عمرو بن شعيب فقال : هذا الآن قول النبي صلى الله عليه و سلم وهذا اختيار أبي بكر وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد جواز ذلك لأن ابن عمر كان إذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه متفق عليه والأول أصح لأن قول النبي صلى الله عليه و سلم يقدم على فعل ابن عمر والظاهر أن ابن عمر لم يبلغه هذا ولو علمه لما خالفه

الفصل الثالث : أن ظاهر كلام الخرقي أن الخيار يمتد إلى التفرق ولا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده وهو إحدى الروايتين عن أحمد لأن أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه و سلم : [البيعان بالخيار ما لم يتفرقا] من غير تقييد ولا تخصيص وهكذا رواه حكيم بن حزام و أبو برزة وأكثر الروايات عن عبد الله بن عمر والرواية الثانية : أن الخيار يبطل بالتخاير اختارها الشريف ابن أبي موسى وهذا مذهب الشافعي وهو أصح لقول النبي صلى الله عليه و سلم في حديث ابن عمر : [فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع] يعنى لزم وفي لفظ : [المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يكون البيع كان عن خيار فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع] متفق عليه والأخذ بالزيادة أولى والتخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد فالتخاير في ابتدائه أن يقول بعتك ولا خيار بيننا ويقبل الآخر على ذلك فلا

يكون لهما خيار والتخاير بعده أن يقول كل واحد منهما بعد العقد اخترت امضاء العقد أو ألزمه أو اخترت العقد أو أسقطت خياري فيلزم العقد من الطرفين وإن اختار أحدهما دون الآخر لزم في حقه وحده كما لو كان خيار الشرط لهما فاسقط أحدهما خياره دون الآخر وقال أصحاب الشافعي : في التخاير في ابتداء العقد قولان أظهرهما لا يقطع الخيار لأنه إسقاط للحق قبل سببه فلم يجز كخيار الشفعة فعلى هذا هل يبطل العقد بهذا الشرط ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة

ولنا قوله عليه السلام : [فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع] وقوله : [إلا أن يكون البيع كان عن خيار فإن كان البيع عن خيار وجب البيع] وهذا صريح في الحكم فلا يعول على ما خالفه ولأن ما أثر في الخيار في المجلس أثر فيه مقارنا للعقد كاشتراط الخيار ولأنه أحد الخيارين في البيع فجاز إخلاؤه عنه كخيار الشرط وقولهم : إنه إسقاط للخيار قبل سببه ليس كذلك فإن سبب الخيار البيع المطلق فأما البيع مع التخاير فليس بسبب له ثم لو ثبت أنه سبب الخيار لكن المانع مقارن له فلم يثبت حكمه وأما الشفيع فإنه أجنبي من العقد فلم يصح اشتراط إسقاط خياره في العقد بخلاف مسألتنا فإن قال أحدهما لصاحبه : اختر ولم يقل الآخر شيئا فالساكت منهما على خياره لأنه لم يوجد منه ما يبطل خياره وأما القائل فيحتمل أن يبطل خياره لما روى ابن عمر [أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا] أو يقول أحدهما لصاحبه اختر رواه البخاري و أبو داود و النسائي ولأنه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فسقط خياره وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحتمل أن لا يبطل خياره لأنه خيره فلم يختر فلم يؤثر فيه كما لو جعل لزوجته الخيار فلم تختر شيئا ويحتمل الحديث على أنه خيره فاختار والأول أولى لظاهر الحديث ولأنه جعل الخيار لغيره ويفارق الزوجة لأنه ملكها ما لا تملك فإذا لم تقبل سقط وههنا كل واحد منهما يملك الخيار فلم يكن قوله تمليكا إنما كان إسقاطا فسقط ." (١)

" فصل : وإن وكله رجل في بيع عبده

فصل : وإن وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه لأنه أذن له في طرفي العقد فجاز له أن يليهما إذا كان غير متهم كالأب يشتري من مال ولده لنفسه ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه لأنه تمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر وإقامة حجة كل واحد منهما ولأصحاب الشافعي في المسألة وجهان ." (٢)

---

(١) المغني، المؤلف غير معروف ٧/٤

(٢) المغني، المؤلف غير معروف ٢٣٩/٥

" مسألة : قال وشراء الرجل لنفسه من مال ولده

مسألة : قال : وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز وكذلك شراؤه له من نفسه

يعني أن الأب يجوز أن يشتري لنفسه من مال إبنه الذي في حجره ويبيع ولده من مال نفسه وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي و مالك و الأوزاعي وزادوا الجد فأباحوا له ذلك وقال زفر : لا يجوز لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان ولأنه لا يجوز أن يكون موجبا وقابلا في عقد واحد كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه

ولنا أن هذا يلي بنفسه فجاز أن يتولى طرفي العقد كالأب يزوج إبنته عبده الصغير والسيد يزوج عبده أمته ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعاقد لغيره فأما الجد فلا ولاية له على إبن إبنه على ما سنذكره في موضعه فينزل منزلة الأجنبي ولأن التهمة بين الأب وولده منتفية إذ من طبعه الشفقة عليه والميل له وترك حظ نفسه لحظه فلذلك جاز وفارق الجد والوصي والحاكم وأمينه فغن التهمة غير منتفية في حقهم وأما طرفي العقد فيجوز بدليل الأصل الذي ذكرناه ولا نسلم ما ذكره فيما إذا أراد أن يتزوج إبنة عمه بل يجوز بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لإبنة قارظ : أتجعلين أمرك إلي ؟ قالت : نعم قال : قد تزوجتك ولئن سلمنا فلأن التهمة منتفية ثم ." (١)

" مسألة وفصول : تحديد مدة الإجارة بأجرة معلومة وأحكامها الستة

مسألة : قال : وإذا وقعت الإجارة على مدة معلومة بأجرة معلومة فقد ملك المستأجر المنافع وملكت عليه الأجرة كاملة في وقت العقد إلا أن يشترطا أجلا

هذه المسألة تدل على أحكام ستة أحدها : أن المعقود عليه المنافع وهذا قول أكثر أهل العلم منهم : مالك و أبو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي وذكر بعضهم أن المعقود عليه العين لأنها الموجودة والعقد يضاف إليها فيقول أجرتك داري كما يقول : بعتكها

ولنا أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الأعيان ولأن الأجر في مقابلة المنفعة ولهذا تضمن دون العين وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه وإنما أضيف العقد إلى العين لأنها محل المنفعة ومنشؤها كما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمرة ولو قال : أجرتك منفعة داري جاز الثاني : أن الإجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة كشهر وسنة ولا خلاف في هذا نعلمه ولأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه المعرفة له فوجب أن تكون معلومة كعدد المكيلات

---

(١) المغني، المؤلف غير معروف ٥/٢٤٢

فيما بيع بالكيل فإن قدر المدة بسنة مطلقة حمل على سنة الأهلة لأنها المعهودة في الشرع قال الله تعالى : ﴿ يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج ﴾ فوجب أن يحمل العقد عليه فإن شرط هلالية كان تأكيدا وإن قال : عددية أو سنة بالأيام كان له ثلاثمائة وستون يوما لأن الشهر العددي يكون ثلاثين يوما وإن استأجر سنة هلالية أول الهلال عد اثني عشر شهرا بالأهلة سواء كان الشهر تاما أو ناقصا لأن الشهر الهلالي ما بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى وإن كان العقد في أثناء شهر عد ما بقي من الشهر وعد بعده أحد عشر شهرا بالهلال ثم كمل الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوما لأنه تعذر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بالهلال فوجب ذلك لأنه الأصل وحكي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه يستوفي الجميع بالعدد لأنها مدة يستوفى بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها به كما لو كانت المدة شهرا واحدا ولأن الشهر الأول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في أثنائه فكذلك كل شهر يأتي بعده ول أبي حنيفة و الشافعي كالروايتين وهكذا إن كان العقد على أشهر دون السنة وإن جعلا المدة سنة رومية أو شمسية أو فارسية أو قبطية وكان يعلمان ذلك جاز وكان له ثلاثمائة وخمسة وستون يوما فإن الشهور الرومية منها سبعة أحد وثلاثون يوما وأربعة ثلاثون يوما وشهر واحد ثمانية وعشرون يوما وشهور القبط كلها ثلاثون ثلاثون وزادوها خمسة أيام لتساوي سنتهم السنة الرومية وإن كان أحدهما يجهل ذلك لم يصح لأن المدة مجهولة في حقه وإن آجره إلى العيد انصرف إلى الذي يليه وتعلق بأول جزء منه لأنه جعله غاية فتنتهي مدة الإجارة بأوله وقال القاضي لا بد من تعيين العيد فطرا أو أضحى من هذه السنة أو سنة كذا وكذلك الحكم إن علقه بشهر يقع اسمه على شهرين كجمادى وربيع يجب على قوله أن يذكر الأول أو الثاني من سنة كذا وإن علقه بشهر مفرد كرجب وشعبان فلا بد أن يبينه من أي سنة وإن علقه بيوم فلا بد على قوله أن يبينه من أي أسبوع وإن علقه بعيد من أعياد الكفار صح إذا علماه وإلا لم يصح وقد مضى نحو من هذا

فصل : ولا يشترط في مدة الإجارة أن تلي العقد بل لو أجره سنة خمس وهما في سنة ثلاث أو شهر رجب في المحرم صح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي : لا يصح إلا أن يستأجرها من هي في إجارته ففيه قولان : لأنه عقد على ما لا يمكن تسليمه في الحال فأشبه إجارة العين المغصوبة قال : ولا يجوز أن يكتري بعيرا بعينه إلا عند خروجه لذلك

ولنا أن هذه مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتي تلي العقد وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوب التسليم كالمسلم فيه ولا يشترط وجوده ولا القدرة عليه

حال العقد ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة لما ذكرناه وما ذكروه يبطل بما إذا أجرها من المكتري فإنه يصح مع ما ذكروه إذا ثبت هذا فإن الإجارة إن كانت على مدة تلي العقد لم يحتج إلى ذكر ابتدائها من حين العقد وإن كانت لا تليه فلا بد من ذكر ابتدائها لأنه أحد **طرفي العقد** فاحتيج إلى معرفته كالانتهاء وإن أطلق فقال : أجرتك سنة أو شهرا صح وكان ابتداؤه من حين العقد وهذا قول مالك و أبي حنيفة وقال الشافعي وبعض أصحابنا : لا يصح حتى يسمي الشهر ويذكر أي سنة هي فإن أحمد قال في رواية إسماعيل بن سعيد : إذا استأجر أجيرا شهرا فلا يجوز حتى يسمي الشهر

ولنا قول الله تعالى إخبارا عن شعيب عليه السلام : ﴿ على أن تأجرني ثماني حجج ﴾ ولم يذكر ابتداءها ولأنه تقدير بمدة ليس فيها قربة فإذا أطلقها وجب أن تلي السبب الموجب كمدة السلم والإيلاء وتفارق النذر فإنه قربة

فصل : ولا تتقدر أكثر مدة الإجارة بل تجوز إجارة العين المدة التي تبقى فيها وإن كثرت وهذا قول كافة أهل العلم إلا أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه فمنهم من قال له قولان أحدهما : كقول سائر أهل العلم وهو الصحيح الثاني : لا يجوز أكثر من سنة لأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر منها ومنهم من قال له قول ثالث : أنها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة لأن الغالب أن الأعيان لا تبقى أكثر منها وتتغير الأسعار والأجر

ولنا قول الله تعالى إخبارا عن شعيب عليه السلام أنه قال : ﴿ على أن تأجرني ثماني حجج فإن أتممت عشرا فمن عندك ﴾ وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم على نسخه دليل ولأن ما جاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها كالبيع والنكاح والمساقاة والتقدير بسنة وثلاثين تحكم لا دليل عليه وليس ذلك أولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصان منه وإذا استأجره سنين لم يحتج إلى تقسيط الأجر على كل سنة في ظاهر كلام أحمد كما لو استأجر سنة لم يفتقر إلى تقسيط أجر كل شهر بالاتفاق ولو استأجر شهرا لم يفتقر إلى تقسيط أجر كل يوم ولأن المنفعة كالأعيان في البيع ولو اشتملت الصفقة على أعيان لم يلزمه تقدير ثمن كل عين كذلك ههنا وقال الشافعي في أحد قوليه : كقولنا وفي الآخر يفتقر إلى تقسيط أجر كل سنة لأن المنافع تختلف باختلاف السنين فلا يأمن أن ينفسخ العقد فلا يعلم بم يرجع وهذا يبطل بالشهور فإنه لا يفتقر إلى تقسيط الأجر عليها مع الاحتمال الذي ذكروه

فصل : والإجارة على ضربين أحدهما : أن يعقدها على مدة الثاني : أن يعقدها على عمل معلوم كبناء حائط وخياطة قميص وحمل إلى موضع معين فإذا كان المستأجر مما له عمل كالحيوان جاز فيه

الوجهان لأن له عملا تتقدر منافعه به وإن لم يكن له عمل كالدار والأرض لم يجز إلا على مدة ومتى تقدرت المدة لم يجز تقدير العمل وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي : لأن الجمع بينهما يزيدها غررا لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة فإن استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد وإن لم يعمل كان تاركا للعمل في بعض المدة وقد لا يفرغ من العمل في المدة فإن أتمه عمل في غير المدة وإن لم يعمله لم يأت بما وقع عليه العقد وهذا غرر أمكن التحرز عنه ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجز العقد معه

وروي عن أحمد فيمن اكترى دابة إلى موضع على أن يدخله في ثلاث فدخله في ست فقال : قد أضر به فقيل : يرجع عليه بالقيمة ؟ قال : لا يصالحه وهذا يدل على جواز تقديرهما جميعا وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن لأن الإجارة معقودة على العمل والمدة مذكورة للتعجيل فلا يمتنع ذلك فعلى هذا إذا فرغ العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها لأنه وفى ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شيء آخر كما لو قضى الدين قبل أجله وإن مضت المدة قبل العمل فللمستأجر فسخ الإجارة لأن الأجير لم يف له بشرطه وإن رضي بالبقاء عليه لم يملك الأجير الفسخ لأن الإخلال بالشرط منه فلا يكون ذلك وسيلة له إلى الفسخ كما لو تعذر أداء المسلم فيه في وقته لم يملك المسلم إليه الفسخ ويملكه المسلم فإن اختار إمضاء العقد طالبه بالعمل لا غير كالمسلم إذا صبر عند تعذر المسلم فيه إلى حين وجوده لم يكن له أكثر من المسلم فيه وإن فسخ العقد قبل عمل شيء من العمل سقط الأجر والعمل وإن كان بعد عمل شيء منه فله أجر مثله لأن العقد قد انفسخ فسقط المسمى ورجع إلى أجر المثل

فصل : ومن اكترى دابة إلى العشاء فآخر المدة إلى غروب الشمس وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة و أبو ثور : آخرها زوال الشمس لأن العشاء آخر النهار وآخر النهار النصف الآخر من الزوال ولذلك جاء في حديث ذي اليدين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : [صلى النبي صلى الله عليه و سلم إحدى صلاتي العشي] يعني الظهر أو العصر هكذا تفسيره

ولنا قول الله تعالى : ﴿ من بعد صلاة العشاء ﴾ يعني العتمة وقال النبي صلى الله عليه و سلم [لولا أن أشق على أمتي لأخرت صلاة العشاء إلى ثلث الليل] وإنما تعلق الحكم بغروب الشمس لأن هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة فدل على أن الأولى المغرب وهو في العرف كذلك فوجب أن يتعلق الحكم به لأن المدة إذا جعلت إلى وقت تعلقت بأوله كما لو جعلها إلى الليل وما ذكروه لا يصح لأن لفظ العشي غير لفظ العشاء فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ثم

لو ثبت أن معناهما واحد غير أن أهل العرف لا يعرفونه فلا يتعلق به حكم وكذلك الحكم فيما إذا اكتراها إلى العشي لأن أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه وإن اكتراها إلى الليل فهو إلى أوله وكذلك إن اكتراها إلى النهار فهو إلى أوله ويتخرج أن يدخل الليل في المدة الأولى والنهار في الثانية لما ذكرناه في مدة الخيار والأول أصح وإن اكتراها نهارا فهو إلى غروب الشمس وإن اكتراها ليلة فهي إلى طلوع الفجر في قول الجميع لأن الله تعالى قال في ليلة القدر : ﴿ سلام هي حتى مطلع الفجر ﴾ وقال تعالى ﴿ أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم ﴾ - ثم قال - ﴿ فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴾

فصل : وإن اكترى فسطاطا إلى مكة ولم يقل متى أخرج فالكراء فاسد وبه قال أبو ثور : وهو قياس قول الشافعي وقال أصحاب الرأي : يجوز استحسانا بخلاف القياس

ولنا أنها مدة غير معلومة الابتداء فلم يجز كما لو قال أجرتك داري من حين يخرج الحاج إلى آخر السنة وقد اعترفوا بمخالفته للدليل وما ادعوه دليلا لا نسلم كونه دليلا

فصل : (الحكم الثالث) أنه يشترط في عوض الإجارة كونه معلوما لا نعلم في ذلك خلافا وذلك لأنه عوض في عقد معاوضة فوجب أن يكون معلوما كالثمن في البيع وقد روي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال : [من استأجر أجيرا فليعلمه أجره] ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع سواء فإن كان العوض معلوما بالمشاهدة دون القدر كالصبرة احتمل وجهين أشبههما الجواز لأنه عوض معلوم يجوز به البيع فجازت به الإجارة كما لو علم قدره والثاني : لا يجوز لأنه قد ينفسخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدري بكم يرجع فاشترط معرفة قدره كعوض المسلم فيه والأول أولى وظاهر كلام الخرقي أن العلم بالقدر في عوض السلم ليس بشرط ثم الفرق بينهما أن المنفعة ههنا أجريت مجرى الأعيان لأنها متعلقة بعين حاضرة والسلم يتعلق بمعدوم فافترقا و للشافعي نحو مما ذكرنا في هذا الفصل

فصل : وكل ما جاز ثمنا في البيع جاز عوضا في الإجارة لأنه عقد معاوضة أشبه البيع فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا ومنفعة أخرى سواء كان الجنس واحدا كمنفعة دار بمنفعة أخرى أو مختلفا كمنفعة دار بمنفعة عبد قال أحمد : لا بأس أن يكتري بطعام موصوف معلوم وبهذا كله قال الشافعي : قال الله تعالى : إخبارا عن شعيب أنه قال : ﴿ إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج ﴾ فجعل النكاح عوض الإجارة وقال أبو حنيفة فيما حكى عنه : لا تجوز إجارة دار بسكنى أخرى ولا يجوز أن يختلف جنس المنفعة كسكنى دار بمنفعة بهيمة لأن الجنس الواحد عنده يحرم النساء

وكره الثوري الإجارة بطعام موصوف والصحيح جوازه وهو قول إسحاق وأصحاب الرأي وقياس قول الشافعي لأنه عوض يجوز في البيع فجاز في الإجارة كالذهب والفضة وما قاله أبو حنيفة لا يصح لأن المنافع في الإجارة ليست في تقدير النسيئة ولو كانت نسيئة ما جاز في جنسين لأنه يكون بيع دين بدين

فصل : ولو استأجر رجلا ليسلخ له بهيمة بجلدها لم يجز لأنه لا يعلم هل يخرج الجلد سليما أو لا وهل هو ثخين أو رقيق ولأنه لا يجوز أن يكون ثمنا في البيع فلا يجوز أن يكون عوضا في الإجارة كسائر المجهولات فإن سلخه بذلك فله أجر مثله وإن استأجره لطرح ميتة بجلدها فهو أبلغ في الفساد لأن جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه وقد خرج بموته عن كونه ملكا وإن فعل فله أجر مثله أيضا

فصل : ولو استأجر راعيا لغنم بثلث درها ونسلها وصوفها وشعرها أو نصفه أو جميعه لم يجز نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد النسائي لأن الأجر غير معلوم ولا يصلح عوضا في البيع وقال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل على أن يعلفها ويتحفظها وما ولدت من ولد بينهما فقال : أكره ذلك وبه قال أبو أيوب وأبو خيثمة : ولا أعلم فيه مخالفا وذلك لأن العوض مجهول معدوم ولا يدري أيوجد أم لا والأصل عدمه ولا يصلح أن يكون ثمنا فإن قيل : فقد جوزتم دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها قلنا : إنما جاز ثم تشبيها بالمضاربة لأنها عين تنمى بالعمل فجاز اشتراط جزء من النماء والمساقاة كالمضاربة وفي مسألتنا لا يمكن ذلك لأن النماء الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها فلم يمكن إلحاقه بذلك وإن استأجره على رعايتها مدة معلومة بنصفها أو جزء معلوم منها صح لأن العمل وال أجر والمدة معلوم فصح كما لو جعل الأجر دراهم ويكون النماء الحاصل بينهما بحكم الملك لأنه ملك الجزء المجعول له منها في الحال فيكون له نماؤه كما لو اشتراه

فصل : (الحكم الرابع) إن الإجارة إذا تمت وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها إلى المدة ويكون حدوثها على ملكه وبهذا قال الشافعي : وقال أبو حنيفة : تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد لأنها معدومة فلا تكون مملوكة كالثمرة والولد

ولنا أن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلة كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما أجرها صار المستأجر مالكا للتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر فثبت أنها كانت مملوكة لمالك العين ثم انتقلت إلى المستأجر بخلاف الولد والثمرة فإن المستأجر لا يملك التصرف فيها وقولهم أن المنافع معدومة قلنا هي مقدرة الوجود لأنها جعلت موردا للعقد والعقد لا يرد إلا على موجود

فصل : (الحكم الخامس) أن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد إذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلا كما يملك البائع الثمن بالبيع وبهذا قال الشافعي وقال مالك و أبو حنيفة : لا يملكها بالعقد فلا يستحق المطالبة بها إلا يوما بيوم إلا أن يشترط تعجيلها قال أبو حنيفة : إلا أن تكون معينة كالثوب والعبد والدار لأن الله تعالى قال : ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ فأمر بإيتائهن بعد الارتضاع وقال النبي صلى الله عليه و سلم : [ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره] فتوعد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل فدل على أنها حالة الوجوب وروي عنه عليه السلام أنه قال : [أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه] رواه ابن ماجه ولأنه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد فإن المنافع معدومة لم تملك ولو ملكت فلم يتسلمها لأنه يتسلمها شيئا فشيئا فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد

ولنا أنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق أو نقول عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذي ذكرنا فأما الآية فيحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الرضاع أو تسليم نفسها كما قال تعالى : ﴿ فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم ﴾ أي إذا أردت القراءة ولأن هذا تمسك بدليل الخطاب ولا يقولون به وكذلك الحديث يحققه أن الأمر بالإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله كقوله ﴿ فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن ﴾ والصداق يجب قبل الاستمتاع وهذا هو الجواب عن الحديث ويدل عليه أنه إنما توعد على ترك الإيفاء بعد الفراغ من العمل وقد قلتم يجب الأجر شيئا فشيئا ويحتمل أنه توعده على ترك الإيفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة

جواب آخر أن الآية والإخبار إنما وردت فيمن استؤجر على عمل فأما ما وقعت الإجارة فيه على مدة فلا تعرض لها به وأما إذا كانت الإجارة على عمل فإن الأجر يملك بالعقد أيضا لكن لا يستحق تسليمه إلا عند تسليم العمل قال ابن أبي موسى : من استؤجر لعمل معلوم استحق الأجر عند إيفاء العمل وإن استؤجر في كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه وقال أبو الخطاب : الأجر يملك بالعقد ويستحق بالتسليم ويستقر بمضي المدة وإنما توقف استحقاق تسليمه على العمل لأنه عوض فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض كالصداق والثمن في المبيع وفارق الإجارة على الأعيان لأن تسليمها جرى مجرى تسليم نفعها ومتى كان على منفعة في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها فتوقف استحقاق تسليم الأجر على تسليم العمل وقولهم لم يملك المنافع قد سبق الجواب عنه فإن قيل فإن المؤجر

إذا قبض الأجر انتفع به كله بخلاف المستأجر فإنه لا يحصل له استيفاء المنفعة كلها قلنا لا يمتنع هذا كما لو شرطا التعجيل أو كان الثمن عينا

فصل : (الحكم السادس) أنه إذا شرط تأجيل الأجر فهو إلى أجله وإن شرطه منجما يوما يوما أو شهرا شهرا أو أقل من ذلك أو أكثر فهو على ما اتفقا عليه لأن إجارة العين كبيعها وبيعها يصح بثمن حال أو مؤجل فكذلك إجارتها

فصل : وإذا استوفى المستأجر المنافع استقر الأجر لأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع وإن سلمت إليه العين التي وقعت الإجارة عليها ومضت المدة ولا حاجز له عن الانتفاع استقر الأجر وإن لم ينتفع لأن المعقود عليه تلف تحت يده وهي حقه فاستقر عليه بدلها كثمن المبيع إذا تلف في يد المشتري وإن كانت الإجارة على عمل فتسلم المعقود عليه ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها مثل أن يكتري دابة ليركبها إلى حمص فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها فقال أصحابنا : يستقر عليه الأجر وهو مذهب الشافعي لأن المنافع تلفت تحت يده باختياره فاستقر الضمان عليه كما لو تلفت العين في يد المشتري وكما لو كانت الإجارة على مدة فمضت وقال أبو حنيفة : لا يستقر الأجر عليه حتى يستوفي المنفعة لأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر بدلها قبل استيفائها كالأجر للأجير المشترك فإن بذل تسليم العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الأجر عليه لأن المنافع تلفت باختياره في مدة الإجارة فاستقر عليه الأجر كما لو كانت في يده وإن بذل تسليم العين وكانت الإجارة على عمل فقال أصحابنا : إذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها استقر عليه الأجر وبهذا قال الشافعي لأن المنافع تلفت باختياره

وقال أبو حنيفة : لا أجر عليه وهو أصح عندي لأنه عقد على ما في الذمة فلم يستقر عوضه ببذل التسليم كالمسلم فيه ولأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر عوضها بالبذل كالصداق إذا بذلت تسليم نفسها وامتنع الزوج من أخذها وإن كان هذا في إجارة فاسدة ففيما إذا عرضها على المستأجر فلم يأخذها لا أجر عليه لأنها لم تتلف تحت يده ولا في ملكه وإن قبضها ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن فعن أحمد روايتان إحداهما : عليه أجر المثل لمدة بقائها في يده وهو قول الشافعي لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع إلى قيمتها كما لو استوفاها والثانية : لا شيء له وهو قول أبي حنيفة لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها فلم يلزمه عوضها كالنكاح الفاسد وإن

استوفى المنفعة في العقد الفاسد فعليه أجر المثل وبه قال مالك و الشافعي وقال أبو حنيفة : يجب أقل الأمرين من المسمى أو أجر المثل بناء منه على أن المنافع لا تضمن إلا بالعقد

ولنا أن ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد كالأعيان وما ذكره لا نسلمه والله أعلم ." (١)

" مسألة وفصلان : بيان من يقبض الهبة للصبي وهبة الصبي لغيره

مسألة : قال : ويقبض للطفل أبوه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه بأمره

وجملة ذلك أن الطفل لا يصح قبضه لنفسه ولا قبوله لأنه ليس من أهل التصرف ووليه يقوم مقامه في ذلك فإن كان له أب أمين فهو وليه لأنه أشفق عليه وأقرب إليه وإن مات أبوه الأمين وله وصي فوليه وصيه لأن الأب أقامه مقام نفسه فجرى مجرى وكيله وإن كان الأب غير مأمون لفسق أو جنون أو مات عن غير وصي فأمينه الحاكم ولا يلي ماله غير هؤلاء الثلاثة وأمين الحاكم يقوم مقامه وكذلك وكيل الأب والوصي فيقوم كل واحد منهم مقام الصبي في القبول والقبض إن احتيج إليه لأن ذلك قبول لما للصبي فيه حظ فكان إلى الولي كالبيع والشراء ولا يصح القبض والقبول من غير هؤلاء قال أحمد في رواية صالح في صبي وهبت له هبة أو تصدق عليه بصدقة فقبضت الأم ذلك وأبوه حاضر فقال لا أعرف للأم قبضا ولا يكون إلا الأب وقال عثمان رضي الله عنه : أحق من يحوز على الصبي أبوه وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا لأن القبض إنما يكون من المتهب أو نائبه والولي نائب بالشرع فصح قبضه له أما غيره فلا نيابه له ويحتمل أن يصح القبض والقبول من غيرهم عند عدمهم لأن الحاجة داعية إلى ذلك فإن الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له أب ولا وصي ويكون فقيرا لا غنى به عن الصدقات فإن لم يصح قبض غيرهم له انسد باب وصولها إليه فيضيع ويهلك ومراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية فعلى هذا للأم القبض له وكل من يليه من أقاربه وغيرهم وإن كان الصبي مميزا فحكمه حكم الطفل في قيام وليه مقامه لأن الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ إلا أنه إذا قبل لنفسه وقبض لها صح لأنه من أهل التصرف فإنه يصح بيعه وشراؤه بإذن الولي فههنا أولى ولا يحتاج إلى إذن الولي ههنا لأنه محض مصلحة ولا ضرر فيه فصح من غير إذن وليه كوصيته وكسب المباحات ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه دون القبول لأن القبض يحصل به مستوليا على المال فلا يؤمن تضييعه له وتفريطه فيه فيتعين حفظه عن ذلك

---

(١) المغني، المؤلف غير معروف ٦/٧

بوقفه على إذن وليه كقبضه لوديعته وأما القبول فيحصل له به الملك من غير ضرر فجاز من غير إذن كاحتشاشه واصطياده

فصل : فإن وهب الأب لابنه شيئا قام مقامه في القبض والقبول إن احتيج إليه قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لولده الطفل دارا بعينها أو عبدا بعينه وقبضه له من نفسه وأشهد عليه أن الهبة تامة هذا قول مالك و الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي وروينا معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبد العزيز ثم إن كان الموهوب مما يفتقر إلى قبض اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابني وقبضته له لأنه يغني عن القبول كما ذكرنا ولا يغني قوله قد قبلته لأن القبول لا يغني عن القبض وإن كان مما لا يفتقر اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابني ولا يحتاج إلى ذكر قبض ولا قبول قال ابن عبد البر أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج إلى قبض وأن الاشهاد فيها يغني عن القبض وأن وليها أبوه لما رواه مالك عن الزهري عن ابن المسيب أن عثمان قال : من نحل ولدا له صغيرا لم يبلغ أن يجوز نحلة فأعلن ذلك وأشهد على نفسه فهي جائزة وإن وليها أبوه وقال القاضي لا بد في هبة الولد من أن يقول قد قبلته وهذا مذهب الشافعي لأن الهبة عندهم لا تصح إلا بإيجاب وقبول وقد ذكرنا من قبل أن قرائن الأحوال ودلالتها تغني عن لفظ القبول ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحكم لا معنى له مع مخالفته لظاهر حال النبي صلى الله عليه و سلم وصحابته وليس هذا مذهبا ل أحمد فقد قال في رواية حرب في رجل أشهد بسهم من ضيعته وهي معروفة لابنه وليس له ولد غيره فقال أحب إلي أن يقول عند الإشهاد قد قبضته له قيل له فإن سها ؟ فقال إذا كان مفرزا رجوت فقد ذكر أحمد أنه يكتفى بقوله قد قبضته له وأنه يرجو أن يكتفى مع التمييز بالإشهاد فحسب وهذا موافق للإجماع المذكور عن سائر العلماء وقال بعض أصحابنا يكتفى بأحد لفظين إما أن يقول قد قبلته أو قد قبضته لأن القبول يغني عن القبض وظاهر كلام أحمد ما ذكرناه ولا فرق بين الاثمان وغيرها فيما ذكرنا وبه يقول أبو حنيفة و الشافعي وقال مالك : إن وهب له مالا يعرف بعينه كالاثمان لم يجز إلا أن يضعها على يد غيره لأن الأب قد يتلف ذلك ويتلف بعير سببه ولا يمكن أن يشهد على شيء بعينه فلا ينفع القبض شيئا

ولنا أن ذلك مما لا تصح هبته فإذا وهبه لابنه الصغير وقبضه له وجب أن تصح كالعروض

فصل : وإن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه فقال أصحابنا لا بد من أن يوكل من يقبل للصبي ويقبض له ليكون الإيجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع بخلاف الأب فإنه يجوز أن

يوجب ويقبل ويقبض لكونه يجوز أن يبيع لنفسه والصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء لأنه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز له أن يتولى طرفيه كالأب وفارق البيع فإنه لا يجوز أن يوكل من يشتري له ولأن البيع عقد معاوضة ومرابحة فيتهم في عقده لنفسه والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها وهو ولي فيه فجاز أن يتولى طرفي العقد كالأب ولأن البيع إنما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبي وهو ههنا يعطي ولا يأخذ فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره ولأننا قد ذكرنا أنه يستغنى بالإيجاب والاشهاد إلى القبض والقبول فلا حاجة إلى التوكيل فيهما مع غناه عنهما

فصل : فأما الهبة من الصبي لغيره فلا تصح سواء أذن فيها الولي أو لم يأذن لأنه محجور عليه لحظ نفسه فلم يصح تبرعه كالسفيه وأما العبد فلا يجوز أن يهب إلا بإذن سيده لأنه مال لسيده وماله مال لسيده فلا يجوز له إزالة ملك سيده عنه بغير إذنه كالأجنبي وله أن يقبل الهبة بغير إذن سيده نص عليه أحمد لأنه تحصيل للمال للسيد فلم يعتبر إذنه فيه كالالتقاط وما وهبه لسيده لأنه من اكتسابه فأشبه اصطياده ." (١)

" مسألة وفصلان

مسألة : قال : وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلا أو كافرا أو عبدا زوجها الأبعد من عصبتها

وجملة ذلك أن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة بحال فعند ذلك يكون وجودهم كالعدم فثبتت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا وتعتبر لثبوت الولاية لمن سمينا ستة شروط : العقل والحرية والإسلام والذكورية والبلوغ والعدالة على إختلاف نذكره فأما العقل فلا خلاف في إعتباره لأن الولاية إنما تثبت نظرا للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه فغيره أولى وسواء في هذا من لا عقل له لصغره كطفل ومن ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ إذا أفند

قال القاضي والشيخ الذي قد ضعف لكبره فلا يعرف موضع الحظ لها لا ولاية له فأما الإغماء فلا يزيل الولاية لأنه يزول عن قرب فهو كالنوم ولذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الأنبياء عليهم السلام ومن كان يجن في الأحيان لم تزل ولايته لأنه لا يستديم زوال عقله فهو كالإغماء

الشرط الثاني : الحرية فلا ولاية لعبد في قول جماعة أهل العلم فإن العبد لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى وقال أصحاب الرأي يجوز أن يزوجها العبد بإذنها بناء على أن المرأة تزوج نفسها قد مضى الكلام في هذه المسألة

---

(١) المغني، المؤلف غير معروف ٦/٢٩٢

الشرط الثالث : الإسلام ولا يثبت لكافر ولاية على مسلمة وهو قول عامة أهل العلم أيضا قال ابن المنذر أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا قال أحمد بلغنا أن عليا أجاز نكاح الأخ ورد نكاح الأب وكان نصرانيا

الشرط الرابع : الذكورية شرط للولاية في قول الجميع لأنه يعتبر فيها الكمال والمرأة ناقصة قاصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها أولى

الشرط الخامس : البلوغ شرط في ظاهر المذهب قال أحمد لا يزوج الغلام حتى يحتلم ليس له أمر وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الثوري و الشافعي و إسحاق و ابن المنذر و ابو ثور وعن احمد رواية أخرى أنه إذا بلغ عشرا زوج وتزوج وطلق وأجيزت وكالته في الطلاق وهذا يحتمله كلام الخرقي لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طفلا ووجه ذلك أنه يصح بيعه ووصيته في طلاقه فثبت له الولاية كالبالغ والأول اختيار أبي بكر وهو الصحيح لأن الولاية يصير لها كمال الحال لأنها تتقيد بالتصرف في حق غيره اعتبرت نظرا له والصبي مولى عليه لقصوره فلا تثبت له الولاية كالمرأة

الشرط السادس : العدالة في كونها شرطا روايتان إحداهما : هي شرط قال أحمد إذا كان القاضي مثل ابن الحلبي وابن الجعدي استقبل النكاح فظاهر هذا أنه أفسد النكاح لانتفاء عدالة المولى له وهذا قول الشافعي وذلك لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل قال ابن عباس قال أحمد أصح شيء في هذا قول ابن عباس وقد روي عن ابن عباس قال : [قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وأيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل] وروي عن أبي بكر البرقاني بإسناده عن جابر قال : [قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل] ولأنها ولاية نظرية فلا يستبدئها الفاسق كولاية المال والرواية الأخرى ليست بشرط

نقل مثنى بن جامع أنه سأل احمد إذا تزوج بولي فاسق وشهود عدول فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء وهذا ظاهر كلام الخرقي لأنه ذكر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق وهو قول مالك و ابي حنيفة و أحد قولي الشافعي لأنه يلي نكاح نفسه فتثبت له الولاية على غيره كالعدل ولأن سبب الولاية القرابة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر فيلي كالعدل

فصل : ولا يشترط أن يكون بصيرا لأن شعيبا عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى ولأن المقصود في النكاح يعرف بالسماع والاستفاضة فلا يفتقر إلى النظر ولا يشترط كونه ناطقا بل يجوز أن يلي الأخرس إذا كان مفهوم الإشارة لأن إشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والأحكام فكذلك في النكاح

فصل : ومن لم يثبت له الولاية لم يصح توكيله لأن وكيله نائب عنه وقائم مقامه وإن وكله الوالي في تزويج موليته لم يجز لأنها ولاية وليس هو من أهلها ولأنه لما لم يملك تزويج مناسبته بولاية النسب فلأن لا يملك تزويج مناسبة غيره بالتوكيل أولى ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاسق والصبي المميز في العقد لأنهم من أهل اللفظ بالعقد وعبارتهم فيه صحيحة ولذلك صح قبولهم النكاح لأنفسهم وإنما سلبوا الولاية نفسها لأنه يعتبر لها الكمال ولا حاجة إليه في اللفظ به فأما إن وكله الزوج في قبول النكاح له أو وكله الأب في قبول النكاح لابنه الصغير فقال أصحابنا لا يصح لأنه أحد طرفي العقد فلم يجز توكيله فيه كالإيجاب ويحتمل جواز وكيل من ذكرنا فيه لأنهم من أهله ويصح قبولهم النكاح لأنفسهم فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي في العدة ." (١)

" مسألة و فصل : أحكام زواج الولي إذا أذنت له

مسألة : قال : من أراد أن يتزوج امرأة هو وليها جعل أمرها إلى رجل يزوجها منه بإذنها

وجملته أن ولي المرأة التي يحل له نكاحها وهو ابن العم أو المولى أو الحاكم أو السلطان إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك وهل له أن يتولى طرفي العقد بنفسه ؟ فيه روايتان إحداهما : له ذلك وهو قول الحسن و ابن سيرين و ربيعة و مالك و الثوري و أبي حنيفة و إسحاق و أبي ثور و ابن المنذر لما روى البخاري قال : قال عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم ابنة فارط أتجعلين أمرك إلي ؟ قالت نعم قال قد تزوجتك ولأنه يملك الإيجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل للقبول فصح كما لو وجدا من رجلين وقد [روي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه أعتق صفية وجعل عتقها صداقها] فإن قيل قد روي [أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح : زوج وولي وشاهدان] قلنا هذا لا نعلم صحته وإن صح فهو مخصوص بمن زوج أمته عبده الصغير فيخص منه محل النزاع أيضا وهل يفتقر إلى ذكر الإيجاب والقبول أو يكتفى بمجرد الإيجاب ؟ فيه وجهان أحدهما : يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلانة وقبلت هذا النكاح لأن ما يفتقر إلى الإيجاب يفتقر إلى القبول كسائر العقود والثاني : يكفيه أن يقول

(١) المغني، المؤلف غير معروف ٧/٥٣٥

زوجت نفسي فلانة أو تزوجت فلانة وهو قول مالك و أبي حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف ولأن إيجابه يتضمن القبول فأشبه إذا تقدم الاستدعاء ولهذا قلنا إذا قال لأمته قد أعتقتك وجعلت عتقك صداقك ينعقد النكاح بمجرد هذا القول

والرواية الثانية : لا يجوز أن يتولى **طرفي العقد** ولكن يوكل رجلا يزوجه إياها بإذنها قال احمد رحمه الله في رواية ابن منصور لا يزوج نفسه حتى يولي رجلا على حديث المغيرة بن شعبة وهو ما روى أبو داود بإسناده عن عبد الملك بن عمير أن المغيرة بن شعبة أمر رجلا زوجه امرأة المغيرة أولى بها منه ولأنه عقد ملكه بالإذن فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع وبهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير وعلى هذه الرواية إن وكل من يقبل له العقد وتولى هو الإيجاب جاز

وقال الشافعي في ابن العم والمولى لا يزوجها إلا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع ولا أن يوكل من يزوجه لأن وكيله بمنزلة وهذا عقد ملكه بالإذن فلا يتولى طرفيه كالبيع ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الأولياء لأنه لا ولاية لهم مع وجوده

ولنا ما ذكرناه من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ولأن وكيله يجوز أن يلي العقد لغيره فصح أن يليه عليها له إذا كانت تحل له كالإمام إذا أراد أن يزوج موليته ولأن هذه امرأة ولها ولي حاضر غير عاضل فلم يلها الحاكم كما لو أراد أن يزوجها غيره ومفهوم قوله عليه السلام : [السلطان ولي من لا ولي له] أنه لا ولاية على هذه

فصل : وإذا أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يجز أن يزوجها نفسه لأن إطلاق الإذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لأنه غيره فإن زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه وإن زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولي **طرفي العقد** فإن قلنا لا يتولاه فوكل رجلا يزوجها لولده وقبل هو النكاح له افتقر إلى إذنها للوكيل على ما قدمنا من أن الوكيل لا يزوجها إلا بإذنها وإن وكل رجلا يقبل لولده النكاح وأوجب هو لم يحتج إلى إذنها لأنها قد أذنت له ." (١)

" فصل إذا زوج أمته عبده الصغير جاز له أن يتولى **طرفي العقد**

فصل : وإذا زوج أمته عبده الصغير جاز له أن يتولى **طرفي العقد** لأنه مالك ذلك بحكم الملك لا بحكم الإذن في قولهم جميعا وإن كان مالمكا لأحد **طرفي العقد** فوكله مالك الطرف الآخر فيه أو وكله الولي في الإيجاب والزوج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين لأنه ملك ذلك بالإذن وإن زوج

---

(١) المغني، المؤلف غير معروف ٣٦٠/٧

بنته الكبيرة عبده الكبير لم يجز ذلك إلا برضاها لأنه لا يكاد يكافئها فيخرج فيه أيضا وجهان وإن زوجه ابنته الصغيرة لم يجز لأنه لا يجوز تزويجها ممن لا يكافئها وعنه يجوز وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى ." (١)

" في تزويج أم حبيبة . ويجوز مطلقا ومقيدا . فالمقيد في تزوج الرجل نفسه والمطلق التوكيل في تزويج من يرضاه . وهل تستفاد ولاية النكاح بالوصية ؟ فيه روايتان . وإذا استووا في الدرجة قدم أفضهم استحبابا لقوله : 'كبر كبر ' أي قدم الأكبر . | وإذا كان لها وليان فأذنت لكل منهما في معين أو مطلق فزوجاها لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل ، وقال مالك : إن دخل بها الثاني فهي له لقول عمر : إذا نكح وليان فالأول أحق ما لم يدخل بها الثاني . ولنا ما روى سمرة وعقبة عنه صلى الله عليه وسلم قال : ' أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول ' وأخرج حديث سمرة أبو داود والترمذي وأخرجه النسائي عنه وعن عقبة وروى نحوه عن علي ، وحديث عمر لم يصححه أصحاب الحديث ، فإن جهل الأول منهما فسخ النكاحان ، وعنه يقرع بينهما . والولي إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك . وهل له أن يلي طرفي العقد بنفسه ؟ فيه روايتان . روى البخاري أن عبد الرحمن عوف فعله . ولأبي داود عن المغيرة أنه أمر رجلا أن يزوجه امرأة المغيرة أولى بها . وإذا قال السيد لأمته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك صح روي عن علي وفعله أنس ، وقال الشافعي ومالك : لا يصح . ولنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها . ولا بأس أن يعتق الأمة ويتزوجها وكرهه أنس . | (الرابع) الشهادة ، فلا ينعقد إلا بشاهدين عدلين بالغين ، روي عن عمر وعلي وغيرهما ، وعنه يصح بغير شهود فعله ابن عمر وابن الزبير

". (٢)

"توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا أصل هذه المسألة البيع فإن الأب أو الوصي إذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله لا تقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان

(١) المغني، المؤلف غير معروف ٣٦٢/٧

(٢) مختصر الإنصاف والشرح الكبير، المؤلف غير معروف ص/٦٥٠

وإذا رهن الأب متاع الصغيرمن نفسه أو من ابن له صغير أو عبد له تاجر لا دين عليه جاز لأن الأب لوفور شفقته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى **طرفي العقد** ولو ارتهنه الوصي من نفسه أو من هذين أو رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لأنه وكيل محض والواحدلا يتولى **طرفي العقد** في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقا له بالأب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين لأنه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء لأنه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لأن له حكما واحد وإن استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لأن الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع إيفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن لأن الأولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لأنه إيفاء واستيفاء وإذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الأب ليس للابن أن يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الأب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الأب لأنه مضطر فيه لحاجته إلى إحياء ملكه فأشبه معير الرهن وكذا إذا هلك قبل أن يفتكه لأن الأب يصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين فإن هلك ضمن الأب حصته من ذلك للولد لأيفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد أب الأب إذا لم يكن الأب أو وصي الأب

ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فإنه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لأن فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لأنه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما نبينه

---

(١) ".

" إلا بقبض نصيب شريكه وهذا بالنسبة لجواز القبض [لا لزوم الهبة فتلزم به وإن لم يأذن شريكه ويكون نصيب القابض] مقبوضا تملكا ونصيب الشريك مقبوضا أمانة فإن أبى الشريك أن يسلم نصيبه قيل للمتهب : وكل الشريك في قبضه لك ونقله فإن أبى نصب الحاكم من يكون في يده لهما فينقله فيحصل القبض ؛ لأنه لا ضرر على الشريك في ذلك وإن أذن شريكه له في الانتفاع مجانا فكعارية في ضمانه إذا

---

(١) الهداية شرح البداية، المؤلف غير معروف ٤/١٣٦

تلف ولو من غير تفريط وإذا كان أذن له في التصرف بأجرة فإن نصيبه يكون في يد القابض أمانة كمأجور فلا ضمان فيه | وإن تلف بلا تعد ولا تفريط ولو كانت الأجرة مجهولة كأن استعمله وأنفق عليه مثلها بقصد المعاوضة لأن فاسد العقود كصحيحها في الضمان وعدمه وتقدم | وإن تصرف بلا إذن شريكه ولا إجارة أو قبض بغير إذن الشريك فكغاصب لأن يده عادية (وإن وهب ولي) كحاكم أو وصي (موليه) لم يتول طرفي العقد كالبيع و (وكل من يقبل) له الهبة منه بخلاف الأب فإن له أن يتولى طرفي العقد (ويقبض هو) أي : الولي | قال في المغني : وإن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه فقال أصحابنا : لا أن يوكل من يقبل للصبي ويقبض له ليكون الإيجاب منه والقبول من غيره كالبيع (ولا يحتاج أب وهب ولده لصغر) إلى توكيل في القبول للاستغناء عنه بقرائن الأحوال (ويتجه) أيضا ولا يحتاج أب وهب ولده لسفه (أو جنون) | قال البهوتي وهو متجه | (إلى توكيل في القبول) لأنه يجوز للأب أن يبيع لنفسه لانتفاء التهمة (فيكفي) قول الأب (وهبت ذا لولدي وقبلته له) فإن لم يقل : وقبلته أو وقبضته له ؛ لم يكف على ظاهر رواية حرب لتغاير القبضين فلا بد من تمييز لأن اليد التي لجهة المتهب هنا هي نفس يد الواهب فلا بد أن يدعيه في ثاني الحال أو يدعيه الورثة تركة فيذهب عن الطفل

---

(١) ".

""""""""" صفحة رقم ١١١ """"""""الأمور ومصالحها . وقال أبو يوسف ومحمد : لا اعتراض عليها لأن المهر حقها ، ولهذا كان لها أن تهبه فلأن تنقصه أولى . ولأبي حنيفة أن المهر إلى عشرة دراهم حق الشرع فلايجوز التنقيص منه شرعا حتى لو سمى أقل من عشرة فلها عشرة وإلى مهر مثلها حقاالأولياء لأنهم يعيرون بذلك فلهم مخاصمتها إلى تمامه ، والاستيفاء حقها فإن شاءت قبضتهوإن شاءت وهبته .قال : (والواحد يتولى طرفي العقد وليا كان أو وكيلا ، أو وليا ووكيلا ، أو أصيلاووكيلا ، أو وليا وأصيلا) أما الولي من الجانبين كمن زوج ابن ابنه بنت ابن له آخر أو بنتأخيه ابن أخ له آخر أو أمته عبده ونحو ذلك والوكيل ظاهر . وأما الولي والوكيل بأن وكلهرجل أن يزوجه بنته الصغيرة ، أو وكلته امرأة أن يزوجها من ابنه الصغير . وأما الوكيلوالأصيل بأن وكلته امرأة أن يزوجها من نفسه . وأما الولي والأصيل أن يزوج ابنة عمهالصغيرة من نفسه . وصورته أن يقول : اشهدوا أني زوجت فلانة من فلان ، أو فلانة مني ، أوتزوجت فلانة ، ولا يحتاج إلى القبول لأنه تضمن الشطرين . وقال زفر : لا يجوز ذلك لأنهلا يمكن أن يكون الواحد مملكا ممتلكا

---

(١) مطالب أولي النهى، المؤلف غير معروف ٣٨٩/٤

كالبيع . ولنا أنه معبر وسفير والمانع من ذلك فيالبيع رجوع الحقوق إلى العاقد فيجري فيه التمانع ، لأنه لا يمكن أن يكون الواحد مطالباومطالبا في حق واحد ، وهنا الحقوق لا ترجع إليه فلا تمانع .قال : (وينعقد نكاح الفضولي موقوفا كالبيع إذا كان من جانب واحد ، أما من جانبين أوفضوليا من جانب أصيلا من جانب فلا) أما الفضولي من جانب بأن يزوج امرأة بغير أمرهارجلا وقبل الرجل ، أو رجلا بغير أمره امرأة فقبلت ، فإنه ينعقد ويتوقف على إجازة الغائب .وأما من الجانبين فهو أن يقول : اشهدوا أني زوجت فلانة من فلان وهما غائبان بغير أمرهمافهذا لا ينعقد . وقال أبو يوسف : ينعقد موقوفا على إجازتهما ، والفضولي من جانب أصيلمن جانب بأن يقول الرجل : اشهدوا أني قد تزوجت فلانة وهي غائبة ولم يقبل عنها أحد ،فهذا أيضا على الخلاف ؛ ولو جرى بين فضوليين جاز باتفاقنا ، وذكرنا في البيوع الدليل علىانعقاد تصرفات الفضولي . لأبي يوسف في الخلافية أنه لو كان وكيلا انعقد ونفذ ، فإذا كانفضوليا ينعقد ويقف . ولهما أن هذا شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس كما إذا كانأصيلا ، بخلاف الوكيل لأنه معبر فينقل كلامه إليهما ، وكلام الفضوليين عقد تام فلا يقاسعليه ، ولو زوج الأب ابنه الكبير فجن قبل الإجازة فأجازه الأب جاز ونفذ لثبوت الولاية عليهوقت الإجازة .." (١)

" والمجنون بصدقة أو هبة أو حابى أو زاد على النفقة عليهما أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ضمن ، وتدفع النفقة إن أفسدها يوما بيوم فإن أفسدها أطعمه معاينة وإلا كان مفرطا . وإن أفسد كسوته ستر عورته فقط في بيت إن لم يكن تحيل على إبقائها عليه ولو بتهديد . ولا يصح أن يبيع الولي أن يشتري أو يرتهن من مالهما لنفسه لأنه مظنة التهمة ، إلا إذا كان أبا فله ذلك ، ويلي طرفي العقد ، والتهمة منتفية بين الوالد وولده إذ من طبيعة الشفقة عليه . ويستحب إكرام اليتيم وإدخال السرور عليه ودفع النقص والإهانة عنه ، فجبر قلبه من أعظم مصالحه ، وإن أقر السفيه بحد أو نسب أو طلاق أو قصاص صح وأخذ به في الحال ، وبمال أخذ به بعد فك الحجر عنه ، وتقدم بعضه ، وحكم تصرف ولي سفيه كولي صغير ومجنون ، وللولي غير الحاكم وأمينه أن يأكل من مال موليه مع الحاجة الأقل من أجرة مثله وكفايته ، ولا يلزمه عوضه بيساره ، ومع عدم الحاجة يأكل ما فرضه له الحاكم . ولناظر وقف ولو لم يصح أكل بمعروف . ولقن غير مأذون له في تجارة أن يتصرف من قوته بما لا يضر كرغيف وبيضة وفلس لجريان العادة بالمسامحة فيه . ولزوجة وكل متصرف في بيت كأجير وغلام متصرف في بيت سيده الصدقة منه بلا إذن صاحبه بنحو ذلك إلا أن يمنع رب البيت منه أو يكون بخيلا فيحرم فيهما الإعطاء من ماله بلا إذنه لأن الأصل عدم

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، المؤلف غير معروف ٣/١١١

رضاه إذا . وإن كانت المرأة ممنوعة من التصرف في بيت زوجها كالتي يطعمها بالفرض ، ولا يمكنها من طعامه فهو كما لو منعها بالقول .

---

(١) ".

" التهمة له في ذلك فإن أذن له صح إذا تولى **طرفي العقد** فيهما ، كأب الصغير إذا باع من ماله لولده أو اشترى من ماله لولده . ومثله نكاح كأن يوكل الولي الزوج أو عكسه أو يوكلا واحدا أو يزوج عبده الصغير بأمته ونحوه فيتولى **طرفي العقد** . وولده أي الوكيل ووالده ومكاتبه ونحوهم ممن ترد شهادته له كنفسه فلا يجوز البيع لأحدهم ولا الشراء منه مع الإطلاق ، لأنه يتهم في حقهم ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمته في حق نفسه ، بخلاف نحو أخيه وعمه ، وكالوكيل حاكم وأمينه ووصي وناظر وقف ومضارب ، قال المنقح : وشريك عنان ووجوه فلا يبيع أحد منهم من نفسه ولا ولده ووالده لما تقدم ، فيعلم منه أنه ليس لناظر الوقف غير الموقوف عليه أن يؤجر عين الوقف لولده ولا وزجته ، ولا تؤجر ناظرة زوجها ونحوه للتهمة وإن باع الوكيل أو المضارب بدون ثمن مثل أو بدون ثمن مقدر أو اشترى الوكيل أو المضارب ب ثمن أكثر منه أي من ثمن المثل أو المقدر نصا صح البيع والشراء لأن من صح بيعه وشراؤه بثمن صح بأنقص منه وأزيد كالمريض وضمن وكيل ومضارب في شراء زيادة أي مثل الزيادة عن ثمن مثل أو مقدر أو أي وضمن نقصا أي كل النقص عن مقدر وضمن كل مالا يتغابن بمثله عادة فيما لم يقدر ، بأن يعطي لوكيله ثوبا ثمن مثله مائة درهم ، يبيعه له ولم يقدر له الثمن فيبيعه بثمانين والحال أن مثل الثوب وقد يبيعه غيره بخمسة وثمانين درهما ، فهذه الخمسة التي نقصت عن ثمن مثله مما يتغابن الناس بمثله في العادة فلو أو الوكيل باع بمثل هذا النقص لم يضمن لأن التحرز عن مثل هذا

---

(٢) ".

"قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى إذا لم يذكر الواقف في صك الوقف إجارة الوقف فرأى القيم أن يؤاجرها و يدفعها مزارعة كان أدر على الوقف و أنفع للفقراء فعل إلا أن في الدور لا يؤاجر أكثر من سنة لأن المدة إذا طالت تؤدي إلى إبطال الوقف فإن من رآه يتصرف فيه تصرف الملاك على طول الزمان

---

(١) كشف المخدرات– دار البشائر، المؤلف غير معروف ٤٤٤/٢

(٢) كشف المخدرات– دار البشائر، المؤلف غير معروف ٤٥١/٢

يزعمه مالكا فلا يؤاجر الدور أكثر من سنة * أما في الأرض فأن كانت الأرض تزرع في كل سنة لا يؤاجرها أكثر من سنة * و إن كانت تزرع كل سنتين مرة أو في كل ثلاث سنين مرة كان له أن يؤاجرها مدة يتمكن المستأجر من الزراعة هذا إذا لم يكن الواقف شرط أن لا يؤاجر أكثر من سنة فإن كان شرط ذلك و الناس لا يرغبون في استئجارها سنة و كانت إجارتها أكثر من سنة أدر للوقف و أنفع للفقراء فليس للقيم أن يخالف شرطه و يؤاجرها أكثر من سنة إلا أنه يرفع الأمر إلى القاضي حتى يؤاجرها القاضي أكثر من سنة لأن هذا أنفع للوقف و للقاضي ولاية النظر للفقراء و الغائب و الميت فإن كان الواقف ذكر في صك الوقف أن لا يؤاجر أكثر من سنة إلا إذا كان ذلك أنفع للفقراء كان للقيم أن يؤاجرها بنفسه أكثر من سنة إذا رأى ذلك خيرا و لا يحتاج إلى المرافعة إلى القاضي لأن الواقف أذن له بذلك * و لو أن القيم آجر دار الوقف خمس سنين قال الشيخ الإمام أبو القاسم البلخي رحمه الله تعالى لا تجوز إجارة الوقف أكثر من سنة إلا لأمر عارض يحتاج إلى تعجيل الأجرة بحال من الأحوال و قال الفقيه أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى إنا لا نقول بفساد هذه الإجارة إذا أجر مدة طويلة لكن الحاكم ينظر فيه فإن كان ضررا بالوقف أبطلها * و هكذا قال الإمام أبو الحسن علي السغدي رحمه الله تعالى و عن الفقيه أبي الليث رحمه الله تعالى أنه كان يجيز إجارة الوقف ثلاث سنين من غير فصل بين الدار و الأرض إذا لم يكن الواقف شرط أن لا يؤاجر أكثر من سنة و عن الإمام أبي حفص البخاري رحمه الله تعالى أنه كان يجيز إجارة الضياع ثلاث سنين فإن آجر أكثر من ثلاث سنين اختلفوا فيه قال أكثر مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى لا يجوز * و قال غيرهم يرفع الأمر إلى القاضي حتى يبطله و به أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى فإن احتاج القيم أن يؤاجر الوقف إجارة طويلة قالوا لوجه فيه أن يعقد عقودا مترادفة كل عقد على سنة و يكتب في الصك استأجر فلان بن فلان أرض كذا أو دار كذا ثلاثين سنة بثلاثين عقدا كل عقد سنة بكذا من غير أن يكون بعضها شرطا في بعض فيكون العقد الأول لازما لأنه ناجز و الثاني غير لازم لأنه مضاف * قال رضي الله عنه و كان فيما قالوا نظر فإنهم قالوا الأول لازم و الثاني غير لازم لأنه مضاف * وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى إن الإجارة المضافة تكون لازمة في إحدى الروايتين * و هو الصحيح و ذكروا أيضا القيم إذا احتاج إلى تعجيل الأجرة بعقد عقودا مترادفة على نحو ما قالوا و أجمعوا على أن الأجرة لا تملك في الإجارة المضافة باشتراط التعجيل فكان فيما قالوا نظر من هذا الوجه * وصي اليتيم أو متولي الوقف إذا آجر وقفا أو منزلا لليتيم بدون أجر المثل قال الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى على أصل أصحابنا ينبغي أن يكون المستأجر غاصبا إلا أن الخصاف رحمه الله تعالى

ذكر في كتابه أنه لا يصير غاصبا و يلزمه أجر المثل و هما لا يملكان الإبطال فيجب أجر المثل فقيل له أتفتي بهذا قال نعم و وجه ما قال ذلك أن المتولي و الوصي أبطلا بتسميتهما ما زاد على المسمى إلى تمام أجر المثل و هما لا يملكان الإبطال فيجب أجر المثل كما لو آجر أو لم يسميا شيئا * و قال بعضهم بأن المستأجر يصير غاصبا عند من يرى غصب العقار فإن لم ينتقض شيء من المنزل و سلم كان على المستأجر الأجر المسمى لا غير و الفتوى على ما ذكرنا أولا أنه يجب أجر المثل على كل حال * و عن القاضي الإمام أبي الحسن علي السغدي رحمه الله تعالى في هذا قال رجل غصب دار صبي أو غصب وقفا كان عليه أجر المثل فإذا وجب أجر المثل ثمة فما ظنك في الإجارة بأقل من أجر المثل * رجل استأجر أرض وقف ثلاث سنين بأجرة معلومة هي أجر مثلها فلما دخلت السنة الثالثة كثرت رغائب الناس فزاد أجر الأرض قالوا ليس للمتولي أن ينقض الإجارة لنقصان أجر المثل إنما يعتبر وقت العقد و وقت العقد كان المسمى أجر المثل فلا يعتبر التغيير بعد ذلك * وقف على أرباب و أحدهم متول فآجره من رجل ثم مات هذا المتولي لا تبطل الإجارة لأن الإجارة وقعت للوقف فلا تبطل بموت العاقد كما لا تبطل بموت الوكيل في الإجارة * متولي الوقف إذا تقبل أراضي الوقف لنفسه من نفسه لا يجوز لأن الواحد لا يتولى طرفي العقد إلا إذا تقبلها من القاضي لنفسه فيتم العقد باثنين * رجل استأجر أرضا موقوفة و بنى فيها حانوتا ثم جاء آخر و زاد في غلة الأرض و أراد أن يخرج الباني من الحانوت ينظر إن كانت أجرة المتولي مشاهرة فإذا جاء رأس الشهر كان للمتولي أن." (١)

"والجواب عنه

ومعناه لغة دفع عوض وأخذ ما عوض عنه

وشرعا (مبادلة مال) من نقد أو غيره معين أو موصوف

(ولو) كان المال (في الذمة) كعبد وثوب صفته كذا (أو) مبادلة (منفعة مباحة) على الإطلاق

بأن لا تختص إباحتها بحال دون حال

(ك) نفع (ممر الدار) وبقعة تحفر بئرا

(بمثل أحدهما) أي بمال أو منفعة مباحة

والجار متعلق بمبادلة

---

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، المؤلف غير معروف ٣/١٩٥

وشمل صورا بيع نحو عبد بثوب أو دينار في الذمة أو ممر في دار وبيع نحو دينار في ذمة لمن هو عليه بدراهم معينة أو في الذمة إذا قبضت قبل التفرق أو بممر دار وبيع نحو ممر دار بعبد ودينار في ذمة أو ممر آخر

ومعنى المبادلة جعل شيء مقابلة آخر

وأتى بصيغة المفاعلة لأن البيع لا يكون إلا بين اثنين حقيقة أو حكما كتولي **طرفي العقد**

وعدل عن التعبير بعين مالية لأن ما ذكره أخصر ولأن المبيع يجوز أن يكون معينا وأن يكون في الذمة

وقوله (على التأبيد) متعلق بمبادلة أيضا

وخرج به الإجارة والإعارة في نظير الإعارة

وإن لم تقيد بزمن

لأن العواري مردودة

فلذلك لم يقل للملك

وقوله (غير ربا وقرض) إخراج لهما

فإن الربا محرم والقرض وإن قصد فيه المبادلة لكن المقصود الأعظم فيه الإرفاق ثم البيع ثلاثة أركان عاقد ومعقود عليه وصيغة والكلام على العاقد والمعقود عليه يأتي في الشروط

وأما الصيغة فذكرها بقوله (وله) أي للبيع (صورتان ينعقد) أي يوجد عقده (بهما) أي بكل واحدة منها (إحداهما الصيغة القولية وهي) أي الصيغة القولية (غير منحصرة في لفظ بعينه) كبعت واشتريت

(بل) هي (كل ما أدى معني البيع) لأن الشارع لم يخصه بصيغة معينة

فتناول كل ما أدى معناه (فمنها) أي من الصيغة القولية (الإيجاب) وهو ما يصدر (من بائع فيقول) البائع (بعتك) كذا (أو ملكتك) هذا (ونحوهما)

كوليتك أو أشركتك فيه

أو وهبتكه) بكذا (ونحوه) كأعطيتك (و) منها (القبول) بفتح القاف

وحكى في اللباب الضم (بعده) أي بعد الإيجاب ويأتي حكم ما لو تقدم عليه

والقبول ما يصدر (من مشتر ب) أي (لفظ دال على الرضا) بالبيع (فيقول) المشتري (ابتعت أو قبلت أو رضيت وما في معناه) أي معنى ما ذكر (كتملكته أو اشتريته أو أخذته ونحوه)كاستبدلته (ويشترط) لانعقاد البيع (أن يكون القبول على وفق الإيجاب في القدر) فلو خالف كأن يقول بعتك بعشرة

فقال اشتريته بثمانية

لم ينعقد (و) أن

". (١)

"كفارة أو نذر (لفقير و) سوى (قبول نكاح أخته ونحوها)كعمته (من أبيه) أو جده ونحوه (لأجنبي) لأن المنع منه لنفسه إنما هو على سبيل التنزيه لا لمعنى فيه يقتضي منع التوكل ولو وكل الزوج الولي في القبول صح

ويتولى طرفي العقد ويأتي في النكاح

(و) سوى (طلاق امرأة نفسها و) طلاقها (غيرها) من ضرة أو غيرها (بالوكال

فيصح فيهن) لأنها لما ملكت طلاق نفسها بجعله إليها ملكت طلاق غيرها

(ولا يصح) أن يوكل (في بيع ما سيملكه ولا) في (طلاق من يتزوجها) لأن الموكل لا يملكه حين التوكيل

وإن قال إن تزوجت فلانة فقد وكلتك في طلاقها لم يصح بخلاف إن اشتريت فلانا فقد وكلتك في عتقه

لصحة تعليق العتق على الملك بخلاف تعليق طلاق المرأة على نكاحها

(ولا) يصح (توكيل العبد و) لا (السفيه في غير ما لهما فعله) من نحو طلاق وكل ما لا يتعلق بالمال مقصوده (وتصح وكالة المميز بإذن وليه) في كل تصرف لا يعتبر له البلوغ (كتصرفه) أي المميز (بإذنه) أي الولي فإنه صحيح وتقدم

وأما توكيله في نحو إيجاب النكاح فلا يصح لما مر ويأتي في النكاح

ويصح توكيله في الطلاق بغير إذن وليه إذا عقله لصحته منه

ويأتي في الطلاق

---

(١)كشاف القناع، المؤلف غير معروف ٣/١٤٦

(ويصح التوكيل في كل حق آدمي من العقود) لأنه صلى الله عليه وسلم وكل في الشراء والنكاح وسائر العقود كالإجارة والقرض والمضاربة والإبراء في معناه

(و) من (الفسوخ) لأن الحاجة تدعو إلى ذلك أشبه البيع (حاضرا كان الموكل أو غائبا) صحيحا كان أو مريضا

(ولو) كان التوكيل في خصومة (بغير رضا الخصم حتى في صلح وإقرار) فيصح التوكيل فيهما كغيرهما وصفة التوكيل في الإقرار أن يقول له وكلتك في الإقرار فلو قال له أقر عني لم يكن ذلك وكالة ذكره المجد (ولا بد من تعيين) الموكل (ما يقر به) وكيله عنه (وإلا) بأن قال وكلتك في الإقرار لزيد بمال أو شيء فأقر كذلك (رجع في تفسيره إلى الموكل) لأنه أعلم بما عليه

(ولو أذن له أن يتصدق بمال) من دراهم أو غيرها (لم يجز له أن يأخذ منه) الوكيل (لنفسه) صدقة (إذا كان من أهل الصدقة ولا) شيئا (لأجل العمل) لأن إطلاق لفظ الموكل ينصرف إلى دفعه إلى غيره

وهل يجوز له أن يدفع منه لوالده وولده زو جته فيه وجهان أولاهما جوازه لدخولهم في عموم لفظه قاله في المغني (وتقدم في الحجر) موضحا

وكذا لو وصى إليه

". (١)

"وكذا الناظران والوصيان

و (إلا أن يجعل) الموكل (ذلك) أي الانفراد بالتصرف (إليه)

أي إلى أحدهما بعينه أو يجعله لكل منهما فيكون له الانفراد به

(وإن غاب أحدهما) أي أحد الوكيلين ولم يكن الموكل جعل لكل منهما الانفراد

(لم يكن للآخر) الحاضر (أن يتصرف) في غيبة رفيقه (ولا الحاكم ضم أمين إليه ليتصرفا) معا (وفارق ما لو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم إلى الوصي أمينا ليتصرف لكون الحاكم له النظر فإن له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحاكم أمينا في النظر لليتيم) بخلاف الموكل

---

(١) كشاف القناع، المؤلف غير معروف ٤٦٣/٣

فإنه رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه

(وإن حضر الحاكم أحد الوكيلين و) الوكيل (الآخر غائب) عن البلد أو المجلس (فادعى) الوكيل الحاضر (الوكالة لهما) أي له ولرفيقه الغائب (أقام بينة) بدعواه (سمعها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما) أي للحاضر والغائب (ولم يملك الحاضر التصرف وحده) لما تقدم

(فإذا حضر) الوكيل (الآخر تصرفا معا

ولا يحتاج إلى إقامة بينة وجاز الحكم المتقدم للغائب تبعا للحاضر كما يجوز أن يحكم بالوقف الذي ثبت لمن لم يخلق لأجل من يستحقه في الحال وإن جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر أن يتصرف) لأن الموكل لم يرض تصرف أحدهما منفردا بدليل إضافة الغير إليه كما سبق

(وجميع التصرفات) من بيع أو طلاق أو اقتضاء دين أو إبراء منه ونحوها (في هذا) المذكور في التفصيل السابق (سواء) لعدم الفارق (ولا يصح بيع وكيل) شيئا وكل في بيعه (لنفسه) لأن العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه

وكما لو صرح به ولأنه يلحقه به تهمة ويتنافى الغرضان في بيعه لنفسه فلم يجز كما لو نهاه

(ولا) يصح (شراؤه) أي الوكيل شيئا وكل في شرائه (منها) أي من نفسه (لموكله) لما تقدم في البيع (ولو زاد) الوكيل في البيع (على مبلغ ثمنه في النداء أو وكل من يبيع) حيث جاز (وكان هو أحد المشترين) فلا يصح البيع لما تقدم من أن العرف بيعه لغيره

فتحمل الوكالة عليه (إلا بإذنه) بأن أذن له في البيع من نفسه أو الشراء منها فيجوز لانتفاء التهمة

(فيصح تولي طرفي عقد فيهما) أي في البيع والشراء لانتفاء التهمة

(كأبي الصغير وتوكيله في بيعه و) توكيل (آخر له) أي للوكيل (في شرائه) فيتولى طرفي العقد

(ومثله) أي مثل البيع في تولي طرفي العقد (نكاح

ويأتي) مفصلا في كتاب

(١) ".

"مجنون لأنفسهما ولا قبولهما) الهبة لانتفاء أهلية التصرف (بل) يقبل ويقبض لهما (وليهما) لأنه المتصرف عليهما فالأب (الأمين) أي العدل ولو ظاهرا (يقوم مقامهما) في ذلك (ثم) عند عدمه

(١) كشاف القناع، المؤلف غير معروف ٤٧٣/٣

(وصي ثم حاكم أمين كذلك أو من يقيمونه مقامهم وعند عدمهم) أي الأولياء (يقبض له من يليه من أم وقريب وغيرها نصا) قال ابن الحكم سئل أحمد أيعطي من الزكاة الصبي قال نعم يعطي أباه أو من يقوم بشأنه

وروى المروزي أيضا نحوه

قال الحارثي وهو الصحيح لأنه جلب منفعة ومحل حاجة (وتقدم آخر باب ذكر أهل الزكاة لكن يصح منهما) أي الصغير والمجنون (قبض المأكول الذي يدفع مثله للصغير) لحديث أبي هريرة كان الناس إذا رأوا أول الثمار جاءوا به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فإذا أخذه قال اللهم بارك لنا في ثمرنا يعطيه أصغر من يحضره من الولدان أخرجه مسلم

(وإن كان الواهب لهما) أي للصغير والمجنون (أحد الثلاثة غير الأب) بأن كان الواهب الوصي أو الحاكم (لم يتول **طرفي العقد**) كالبيع (ووكل من يقبل) بخلاف الأب لأن له أن يتولى طرفي البيع (ويقبض هو) أي الولي

قال في المغني والصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء

لأنه عقد جار صدوره منه ومن وكيله فجاز له تولي طرفيه كالأب وفارق البيع فإنه عقد معاوضة ومرابحة فتحصل التهمة في العقد لنفسه والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها فجاز له تولي طرفيها كالأب

قال الحارثي وبه أقول انتهى والسفيه فيما تقدم كالصغير (وإن كان الأب غير مأمون) قبل الحاكم الهبة للصغير ونحوه (أو) كان الأب (مجنونا) قبل الحاكم الهبة لولده (أو) كان الأب قد مات و (لا وصي له قبل له الحاكم) لأنه وليه إذن (ولو اتخذ الأب دعوة ختان وحملت هدايا إلى داره فهي له) لأنه الظاهر (إلا أن يوجد ما يقتضي الاختصاص بالمختون فيكون له وهذا كثياب الصبيان ونحوها مما يختص بهم وكذا لو وجد ما يقتضي اختصاص الأم) بشيء (فيكون لها مثل كون المهدي من أقاربها أو معارفها) حمل على العرف (وخادم الفقراء الذي يطوف لهم في الأسواق ما حصل له لا يختص به) لأنه في العرف إنما يدفع إليه للشركة فيه وهو إما كوكيلهم أو وكيل الدافعين فينتفي الاختصاص (وما يدفع من صدقة إلى شيخ زاوية أو) شيخ (رباط الظاهر أنه لا يختص به) لأنه في العادة لا يدفع إليه اختصاصا به فهو كوكيل الفقراء أو الدافعين كما تقدم (وله التفضيل في القسم بحسب الحاجة) لأن الصدقة يراد بها سد الخلة مع أنه لم

". (١)

"عليه وسلم ونحن حلالان بسرف

وقال أبو رافع تزوجها وهو حلال وكنت السفير بينهما

رواه الترمذي وحسنه وقد رد بهذا رواية ابن عباس الأولى

(و) له (أن يردف الأجنبي خلفه لقصة أسماء) وروى أبو داود عن امرأة من غفار أن النبي صلى الله عليه وسلم أردفها على حقيبته وتخلى بها لقصة أم حرام

قال في الآداب وهل له أن يردفها معه على الدابة مع عدم سوء الظن يتوجه خلاف بناء على أن إردافه صلى الله عليه وسلم لا مما يختص به واختار النووي والقاضي عياض المنع

(و) له (أن يزوجها) أي الأجنبية (لمن شاء) بلا إذنها وإذن وليها (و) أن (يتولى طرفي العقد) لقوله تعالى ﴿ النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم ﴾ وإن كانت المرأة (خلية) من موانع النكاح

(أو رغب) صلى الله عليه وسلم (فيها وجبت عليها الإجابة وحرم على غيره خطبتها) للآية السابقة

(وأبيح له) صلى الله عليه وسلم (الوصال في الصوم) لخبر الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الوصال فقيل إنك تواصل

فقال إني لست مثلكم إني أبيت أطعم وأسقى

أي أعطي قوة الطاعم والشارب

(و) أبيح له (خمس خمس الغنيمة وإن لم يحضر) الوقعة لقوله تعالى ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ﴾

(و) أبيح له (الصفي من المغنم وهو ما يختاره قبل القسمة من الغنيمة) كجارية ونحوها كسيف ودرع

ومنه صفية أم المؤمنين رضي الله عنها

(و) أبيح له صلى الله عليه وسلم (دخول مكة بلا إحرام) من غير عذر

(و) أبيح له (القتال فيها) أي في مكة (ساعة) من النهار فكانت من طلوع الشمس إلى العصر

---

(١) كشاف القناع، المؤلف غير معروف ٣٠٢/٤

وتقدم موضحا في الحج (وله) صلى الله عليه وسلم (أخذ الماء من العطشان) والطعام من المحتاج إليه لأنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم

(و) أبيح له (أن يقتل بغير إحدى الثلاث نصا) يعني بالثلاث المذكورة في قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرىء مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة متفق عليه

(وجعلت تركته صدقة فلا يورث)

." (١)

"ونحوها (و) تعرف حدودها (تارة بالعرف) العام كالدابة لذوات الأربع أو الخاص كالفاعل والمبتدأ

(وكذلك العقود) فتعرف حدودها بواحد من هذه الثلاثة (انتهى)

والفرق أن الشهادة شرط في النكاح والكناية إنما تعلم بالنية

ولا يمكن الشهادة على النية لعدم الاطلاع عليها

فيجب أن لا ينعقد

(فإن كان أحد المتعاقدين) للنكاح (يحسن العربية دون الآخر

أتى الذي يحسن العربية) بما هو من قبله من إيجاب أو قبول (بها)

أي بالعربية لقدرته عليه (و) العاقد (الآخر يأتي) بما هو قبله (بلسانه) أي بلغته (وإن كان كل منهما) أي العاقدين (لا يحسن لسان الآخر ترجم بينهما ثقة يعرف اللسانين)

قال الشيخ تقي الدين عن القاضي ولم يشترط تعدده أي الثقة الذي يترجم بين العاقدين

ويأتي في الشهادات أن الترجمة عند الحاكم كالشهادة فإذا كان القاضي لا يعرف لسانهما فلا بد في الترجمة عنده من رجلين عدلين

(ولا بد أن يعرف الشاهدان اللسانين المعقود بهما) ليتمكنا من تحمل الشهادة

لأنها على اللفظ الصادر منهما

فإذا لم يعرفاه لم يتأت لهما الشهادة به

---

(١) كشاف القناع، المؤلف غير معروف ٢٧/٥

(ويأتي حكم تولي طرفي العقد) في فصل وإذا استوى وليان (ويصح إيجاب أخرس وقبوله) النكاح (بإشارة مفهومة يفهمها صاحبه) العاقد معه

(و) يفهمها (الشهود) لأن النكاح معنى لا يستفاد إلا من جهته

فصح بإشارته كبيعه وطلاقه (أو كتابة) أي ويصح إيجابه وقبوله من أخرس بكتابة لأنها أولى من الإشارة

لأنها بمنزلة الصريح في الطلاق والإقرار

و (لا) يصح النكاح (من القادر على النطق) بإشارة ولا كتابة للاستغناء عنها (ولا) يصح إيجاب النكاح ولا قبوله (من أخرس لا تفهم إشارته) كسائر تصرفاته القولية لعدم الصيغة (فإن قدر على تعلمهما) أي الإيجاب والقبول (من لا يحسنهما بالعربية لم يلزمه تعلمها) بالعربية

لأن النكاح غير واجب بأصل الشرع

فلم يجب تعلم أركانه بالعربية بخلاف التكبير ولأن المقصود هنا المعنى دون اللفظ المعجز

بخلاف القراءة في الصلاة

(وكفاه) أي العاجز (معناهما الخاص بكل لسان) أي لغة عرفها

لأن ذلك في لغته نظير الإنكاح والتزويج

وعلم منه أنه لا يصح بلفظ لا يؤدي معنى النكاح والتزويج الخاص

لأن من عدل عن اللفظ الخاص بذلك اللسان إلى غيره يشبه من هو عربي وعدل عن لفظهما الخاص

(ولو قال الولي للمتزوج زوجتك موليتي) فلانة (بفتح التاء) من زوجتك (عجزا) عن ضمها (أو جهلا باللغة العربية صح) النكاح

و (لا) يصح إن كان ذلك (من عارف) بالعربية

---

(١) ".

"يأذن لغيره في التزويج

---

(١) كشاف القناع، المؤلف غير معروف ٣٩/٥

(لكن لا بد من إذن) امرأة (غير مجبرة لوكيل) وليها أن يزوجها (فلا يكفي إذنها لوليها بالتزويج) من غير مراجعة وكيل لها وإذنها له بعد توكيلها قاله في التنقيح

(ولا) يكفي إذنها لوليها (بالتوكيل من غير مراجعة الوكيل لها وإذنها له بعد توكيله فيما يظهر) قاله في التنقيح جزم به في المنتهى لأنه قبل أن يوكله الولي أجنبي وبعد توكيله ولي

قلت فيؤخذ منه لو أذنت للأبعد أن يزوجها مع أهلية الأقرب ثم انتقلت الولاية للأبعد فلا بد من مراجعته لها بعد انتقال الولاية إليه

(ولو وكل ولي) غير مجبر في نكاح موليته (ثم أذنت) المرأة (للوكيل) أن يزوجها (صح) ذلك

(ولو لم تأذن للولي) أن يزوجها أو أن يوكل لأنه ليس وكيلا عنها

(وهو في كلامهم) قاله في التنقيح

وجزم به في المنتهى وغيره

(ويشترط في وكيل ولي ما يشترط في الولي من العدالة وغيرها) كالرشد والذكورة والبلوغ والعقل واتحاد الدين لأنها ولاية فلا يصح أن يباشرها غير أهلها ولأنه لما لم يملك تزويج مناسبته فلأن لا يملك تزويج مولية غيره بالتوكيل أولى

(ولا يشترط في وكيل الزوج عدالته) فيصح توكيل فاسق في قبوله لأن الفاسق يصح قبوله النكاح لنفسه فصح قبوله لغيره

وكذا لو وكل كل مسلم نصرانيا في قبول نكاح نصرانية لصحة قبول ذلك لنفسه

(ويصح توكيله) أي الولي في إيجاب النكاح توكيلا (مطلقا) وإذنها لوليها في العقد مطلقا (كقول المرأة لوليها) زوج من شئت أو من ترضاه

(و) قول (الولي لوكيله زوج من شئت أو من ترضاه) روي أن رجلا من العرب ترك ابنته عند عمر وقال إذا وجدت كفؤا فزوجه ولو بشراك نعله فزوجها عثمان بن عفان فهي أم عمرو بن عثمان واشتهر ذلك فلم ينكر وكالتوكيل في البيع ونحوه (ويتقيد الولي) إذا أذنت له أن يزوجها وأطلقت بالكفء (و) يتقيد (وكيله المطلق بالكفء) ظاهره وإن لم يشترط

وقال في الترغيب إن اشترط واقتصر عليه في المبدع وغيره ولعل ما ذكره المصنف أولى لأن الإطلاق يحمل على ما لا نقيصة فيه

(وليس للوكيل) أن يتزوجها لنفسه كالوكيل في البيع يبيع لنفسه (ولا للولي) إذا أذنت له المرأة أن يزوجها وأطلقت (أن يتزوجها لنفسه) لأن إطلاق الإذن يقتضي تزويجها غيره قطع به في الشرح والمبدع في آخر تولي طرفي العقد

وقال في الإنصاف وأما من ولايته بالشرع كالولي والحاكم وأمينه فله أن يزوج

". (١)

"منه) لاتفاقهما على صحة النكاح

(وإن لم يكن ادعى ذلك) أي السبق قبل موته (وأنكر الورثة) كونه السابق (فالقول قولهم مع أيمانهم) إنهم لا يعلمون أنه السابق لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر

(فإن نكلوا قضى عليهم) بالنكول (وإن لم تكن أقرت بالسبق فلها ميراثها من أحدهما بقرعة) فيقرع بين الرجلين فمن خرجت عليه القرعة فلها إرثها منه

نقل حنبل عن أحمد في رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الأب ولم يعلم أيتهن زوج يقرع فأيتهن أصابتها القرعة فهي زوجته

وإن مات الزوج فهي التي ترثه

(ولو ادعى كل واحد منهما السبق فأقرت به لأحدهما) فلا أثر له كما سبق

(ثم) إذا (فرق بينهما) بأن فسخ الحاكم نكاحهما أو طلقاها (وجب المهر) بعد الدخول وقبله نصفه (على المقر له) لاعترافه به لها وتصديقها له عليه

(وإن مات ورثت المقر له)

لأنه مقتضى إقرارهما

(دون صاحبه)

لأنها تدعي بطلان نكاحه لتأخره

(وإن ماتت) من أقرت لأحدهما بالسبق وصدقها (قبلهما احتمل أن يرثها المقر له) كما ترثه

(واحتمل أن لا يقبل إقرارها له) كما لو لم تقبله في نفسها (أطلقها في المغني والشرح

وإن لم تقر لأحدهما) بالسبق (إلا بعد موته فكما لو أقرت له في حياته) على ما تقدم

---

(١) كشاف القناع، المؤلف غير معروف ٥/٥٧

(وليس لورثة أحدهما الإنكار لاستحقاقها) لأنه ظلم لها

(وإن لم تقر لواحد منهما) بالسبق (أقرع بينهما وكان لها ميراثها ممن تقع لها القرعة عليه) قياسا على القرعة في العتق والطلاق وغيرهما

(وإن كان أحدهما قد أصابها) أي وطئها (وكان هو المقر له) بالسبق فلها المسمى (أو) وطئها من أدعى السبق و (كانت لم تقر لواحد منهما فلها المسمى) في عقده (لأنه مقر لها به وهي لا تدعي سواه) فتأخذه (وإن كانت مقرة للآخر) بالسبق (فهي تدعي مهر المثل) بوطئه إياها مع كونها غير زوجة له

(وهو مقر لها بالمسمى) لدعواه الزوجية (فإن استويا) أي مهر المثل والمسمى فلا كلام (أو اصطلحا) أي الواطيء والموطوءة على قليل أو كثير (فلا كلام) لأن الحق لا يعدوهما

(وإن كان مهر المثل) الذي تدعيه الموطوءة (أكثر) من المسمى (حلف) الواطيء على (الزائد وسقط) لأن الأصل براءته منه

(وإن كان المسمى لها) في العقد أكثر من المسمى حلف الواطيء على الزائد وسقط لأن الأصل براءته منه

وإن كان المسمى لها في العقد أكثر من مهر المثل الذي تدعيه (فهو مقر لها بالزيادة وهي تنكرها فلا تستحقها) أي لا تستحق المطالبة بها لإلغاء إقراره بإنكاره

(وإن زوج سيد عبده الصغير من أمته) صغيرة كانت أو كبيرة صح أن يتولى طرفي العقد بلا نزاع لأنه عقد بحكم الملك لا بحكم الإذن

(أو) زوج

---

(١) ".

"عبده الصغير من (بنته) بإذنها صح أن يتولى طرفي العقد وإن زوجه ابنته الصغيرة لم يجز لأنه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها وعنه يجوز قاله في الشرح

---

(١) كشاف القناع، المؤلف غير معروف ٥/٦١

(أو زوج) شخص (ابنه) الصغير أو المجنون أو السفيه (بنت أخيه) صح أن يتولى **طرفي العقد**

(أو زوج وصي في نكاح صغيرا) تحت حجره (بصغيرة تحت حجره ونحوه) كحاكم يزوج من لا ولي له بمن لا ولي لها (صح أن يتولى **طرفي العقد**

وكذلك ولي المرأة العاقلة) إذا كانت تحل له (مثل ابن عم) لأبوين أو لأب (والمولى) المعتق وعصبته المتعصب بنفسه (والحاكم) وأمينه (إذا أذنت له في نكاحها) فإنه يصح أن يتولى **طرفي العقد**

لما روى البخاري قال قال عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم بنت فارض أتجعلين أمرك إلي قالت نعم قال قد تزوجتك

ولأنه يملك الإيجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولأنه عقد وجب فيه الإيجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل للقبول فصح كما لو وجد من رجلين

(أو وكل الزوج الولي) في قبول نكاح مخطوبته صح أن يتولى الولي **طرفي العقد**

(أو) وكل (الولي الزوج) في إيجاب النكاح لنفسه صح أن يتولى **طرفي العقد**

(أو وكلا) أي الولي والزوج رجلا (واحدا) في العقد صح أن يتولى طرفي في العقد

(ونحوه)

كما لو أذن السيد لعبده الكبير أن يتزوج أمته صح أن يتولى **طرفي العقد** وكذا البيع والإجارة ونحوهما

(ويكفي) في عقد النكاح ممن يتولى طرفيه (زوجت فلانا) وينسبه (فلانة) وينسبها من غير أن يقول وقبلت له نكاحها

(أو) يقول (تزوجتها إن كان هو الزوج) من غير أن يقول قبلت نكاحها لنفسي

لحديث عبد الرحمن بن عوف السابق

ولأن إيجابه يتضمن القبول

(أو) يقول تزوجتها لموكلي فلان أو فلانة وينسبه إن كان (وكيله) أي وكيل الزوج من غير أن يقول قبلت له نكاحها

(إلا بنت عمه وعتيقته المجنونتين) فلا يكفيه تولي **طرفي العقد** إذا أراد أن يتزوجها (فيشترط لصحة النكاح إذن (ولي غيره أو حاكم) لأن الولي إنما جعل النظر للمولي عليه والاحتياط له

فلا يجوز له التصرف لنفسه فيما هو مولى عليه لمكان التهمة كالوكيل في البيع لا يبيعه لنفسه والله أعلم

"(١) ".

"على عرض أو بالعكس (أو) خالف (حلولا) بأن وكله أن يخالع بمائة حالة فخالع على مائة مؤجلة (أو) خالف (نقد البلد) بأن وكل أن يخالع على مائة فخالع على مائة من غير نقد البلد (لم يصح الخلع) للمخالفة إلا وكيلها إذا خالف حلولا أو وكيله إذا خالف تأجيلا لأنه زيادة تنفع ولا تضر

(ولو كان وكيل الزوج والزوجة) في الخلع (واحدا فله أن يتولى **طرفي العقد** كالنكاح) والبيع (وإذا تخالعا) أي الزوجان (أو تطالقا) بأن سألته أن يطلقها وأجابها (تراجعا بما بينهما من حقوق النكاح فلا يسقط شيء منها)

أي من حقوق النكاح بالخلع ولا بالطلاق

(ولو سكت عنها) حال الخلع قبل الدخول فلها نصف المهر فإن كانت قد قبضته ردت نصفه وإن كانت مفوضه فلها المتعة لأن المهر حق فلا يسقط بلفظ الطلاق ولا الخلع (ك) سائر (الديون ولا تسقط نفقة عدة الحامل ولا بقية ما خولع ببعضه) كسائر الفسوخ

فصل (وإذا قال خالعتك بألف فأنكرته أو قالت إنما خالعك غيري) بانت منه لأنه مقر بما يوجب بينونتها

(والقول قولها بيمينها في) نفي (العوض) لأنها منكرة والأصل براءتها

(وإن قالت نعم) خالعتني بألف (لكن ضمنه غيري لزمها الألف) لأنها مقرة بالخلع مدعية على الغير ضمان العوض فلزمها العوض لإقرارها ولا تسمع دعواها على الغير

وكذا لو قالت نعم لكن بعوض في ذمة غيري فقال في ذمتك (وعوض الخلع حال) لأنه الأصل فلا يتأجل إلا بتأجيله

(و) عوض الخلع (من نقد البلد) حملا على العرف

(وإن اختلفا) أي المتخالعين (في قدر العوض) الذي وقع عليه الخلع (أو) اختلفا في (عينه أو تأجليه أو جنسه أو صفته أو هل هو) أي عوض الخلع (وزني أو عددي فقولها مع يمينها) لأنه أحد نوعي الخلع

(١) كشاف القناع، المؤلف غير معروف ٥/٦٢

فكان القول قول المرأة فيه كالطلاق على مال إذا اختلفا في قدره ولأن المرأة منكرة للزائد في القدر والصفة

فكان القول قولها كسائر المنكرين

فإن قال سألتيني طلقة بألف فقالت بل ثلاثا بألف فطلقني واحدة بانت بإقراره

والقول قولها في سقوط العوض

(وإن علق) زوج (طلاقها) بصفة (أو) علق رب قن (عتقه بصفة ثم خالعها أو أبانها بثلاث أو دونها وباعه) أي القن (فوجدت

". (١)

" الوكالة وتمامه في العناية فليطالع

وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكل بقبضه وذلك لا يجوز لأنه تمليك الوصف وهو الوجوب في الذمة والوصف عرض لا يقبل التمليك وعلى هذا الخلاف إذا أمره أي أمر الموكل الوكيل أن يسلم ما عليه أو يصرفه يعني لو قال أسلم ما لي عليك إلى فلان في كذا صح اتفاقا ولو قال إلى من شئت فعلى الخلاف وكذا إذا أمره أن يصرف ما عليه والحاصل أنه إن عين المسلم إليه ومن يعقد عقد الصرف صح بالاتفاق

وفي العناية وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس انتهى لكن فيه تأمل

ولو وكل عبدا ليشتري نفسه أي نفس العبد المأمور له أي للموكل من سيده بأن قال فلان لعبد اشتر لي نفسك من سيدك بألف مثلا فإن قال العبد المأمور لسيده بعني نفسي لفلان بألف فباع السيد فهو أي العبد له أي للموكل لأن العبد يصلح لأن يشتري نفسه لنفسه ويصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لكونه أجنبيا عن نفسه في حكم المالية فإذا أضاف العقد إلى الآمر صلح شراؤه للامتثال فيقع للآمر

وإن لم يقل العبد لفلان عتق العبد لأن المطلق يحتمل الوجهين أحدهما هو الامتثال للآمر والآخر هو التصرف لنفسه فلا يقع امتثالا بالشك فبقي التصرف واقعا لنفسه ثم إذا كان الشراء للآمر فلا بد من

---

(١) كشاف القناع، المؤلف غير معروف ٥/٢٣٠

قبول العبد بعد قول المولى بعت وإن وقع للعبد يكتفى بقول المولى بعت بعد قوله بعني نفسي لأن الواحد يتولى **طرفي العقد** في العتق لا في البيع والثمن على العبد فيهما لا على الآمر

وإن وكل العبد غيره ليشتريه من سيده فإن قال الوكيل للسيد اشتريته أي ذلك العبد لنفسه فباع السيد على هذا الحكم عتق العبد على السيد وولاؤه أي ولاء العبد له أي للسيد لأن بيع نفسه العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه إذ لا ترجع إليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه والولاء للمولى

وإن لم يقل لنفسه عند اشترائه فهو أي العبد للوكيل لكون قوله مطلقا فيقع التصرف لنفسه وعليه أي على المشتري ثمنه أي

". (١)

" العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى **طرفي العقد** بخلاف الوصي أي لو ارتهنه الوصي من نفسه أو من هذين أو رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لأنه وكيل محض والواحد لا يتولى **طرفي العقد** في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة ولا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقا له بالأب والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه أي الوصي بخلاف ابنه الكبير وأبيه أي أب الوصي وعبده الذي عليه دين لأنه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء لأنه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لأن له حكما واحدا

وإن استدان الوصي لليتيم في كسوته أو طعامه ورهن به متاعه أي متاع اليتيم صح لأن الاستدانة جائزة للحاجة والرهن

يقع إيفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن لأن الأولى للوصي التجارة تثميرا لما له ولا يجد بدا من الارتهان والرهن لأنه إيفاء واستيفاء وليس للطفل إذا بلغ نقض الرهن في شيء من ذلك ما لم يقض الدين لوقوعه لازما من جانبه ولو كان الأب رهنه فقضاء الابن رجع به في مال الأب لأنه مضطر فيه لحاجته إلى إحياء ملكه فأشبه معير الرهن وكذلك إذا هلك قبل أن يفتكه الأب يصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف غير معروف ٣/٣١٧

ولو رهن شيئا بثمن عبد فظهر العبد حرا أو بثمن خل فظهر الخل خمرا أو بثمن ذكية فظهرت ميتة فالرهن مضمون لأنه رهنه بدين واجب ظاهرا وهو كاف لأنه آكد من الدين الموعود

وجاز رهن الذهب والفضة وكل مكيل وموزون لأنه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فإن رهنت بجنسها فهلاكها بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة لأنها ساقطة الاعتبار عند المقابلة بالجنس في الأموال الربوية وهذا عند الإمام فإن عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما هلاكها بقيمتها إن خالفت وزنها فيضمن بخلاف الجنس ويجعل رهنا مكان الهالك

(١) ".

"في معناه، فإن تبرع ولى الصغير والمجنون بصدقة أو هبة أو حابى أو زاد على النفقة عليهما أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ضمن، وتدفع النفقة إن أفسدها يوما بيوم فإن أفسدها أطعمه معاينة وإلا كان مفرطا. وإن أفسد كسوته ستر عورته فقط في بيت إن لم يكن تحيل على إبقائها عليه ولو بتهديد. ولا يصح أن يبيع الولي أن يشتري أو يرتهن من مالهما لنفسه لأنه مظنة التهمة، إلا إذا كان أبا فله ذلك، ويلي **طرفي العقد**، والتهمة منتفية بين الوالد وولده إذ من طبيعة الشفقة عليه. ويستحب إكرام اليتيم وإدخال السرور عليه ودفع النقص والإهانة عنه، فجبر قلبه من أعظم مصالحه، وإن أقر السفيه بحد أو نسب أو طلاق أو قصاص صح وأخذ به في الحال، وبمال أخذ به بعد فك الحجر عنه، وتقدم بعضه، وحكم تصرف ولي سفيه كولي صغير ومجنون، وللولي غير الحاكم وأمينه أن يأكل من مال موليه مع الحاجة الأقل من أجرة مثله وكفايته، ولا يلزمه عوضه بيساره، ومع عدم الحاجة يأكل ما فرضه له الحاكم. ولناظر وقف ولو لم يصح أكل بمعروف. ولقن غير مأذون له في تجارة أن يتصرف من قوته بما لا يضر كرغيف وبيضة وفلس لجريان العادة بالمسامحة فيه. ولزوجة وكل متصرف في بيت كأجير وغلام متصرف في بيت سيده الصدقة منه بلا إذن صاحبه بنحو ذلك إلا أن يمنع رب البيت منه أو يكون بخيلا فيحرم فيهما الإعطاء من ماله بلا إذنه لأن الأصل عدم رضاه إذا. وإن كانت المرأة ممنوعة من التصرف في بيت زوجها كالتي يطعمها بالفرض، ولا يمكنها من طعامه فهو كما لو منعها بالقول. ومن اشترى من قن شيئا فوجده معيبا فقال القن: أنا غير مأذون لي في التجارة لم يقبل قوله نصا، ولو صدقه سيده لأنه يدعي فساد العقد والخصم يدعي صحته. ويقبل قوله أي المولى بعد فك حجر عن محجور عليه لعقله ورشده في منفعة وضرورة في تلف

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف غير معروف ٤/٢٨٥

وفي غبطة وهو شراؤه لموليه شيئا بزيادة كثيرة على ثمن مثله، وفي قدر نفقته ولو على عقار محجور عليه أو كسوته أو كسوة." (١)

"قبل دفع وكيله للساعي، ويأخذها الوكيل من الساعي إن بقيت في يده لفساد القبض فإن فرقها على مستحقيها، أو تلفت بيده فلا رجوع عليه. وحقوق عقد متعلقة بموكل لأن الملك ينتقل إليه ابتداء ولا يدخل في ملك الوكيل فلا يعتق قريب وكيل عليه ولا يصح بلا إذن موكل بيع وكيل لنفسه بأن يشتري ما وكل في بيعه من نفسه لنفسه ولا يصح شراؤه أي الوكيل منها أي من نفسه لموكله بأن وكل في شراء شيء فاشتراه من نفسه لموكله لأنه خلاف العرق في ذلك، وكما لو صرح له فقال بعه أو اشتره من غيرك للحوق التهمة له في ذلك فإن أذن له صح إذا تولى **طرفي العقد** فيهما، كأب الصغير إذا باع من ماله لولده أو اشترى من ماله لولده. ومثله نكاح كأن يوكل الولي الزوج أو عكسه أو يوكلا واحدا أو يزوج عبده الصغير بأمته ونحوه فيتولى **طرفي العقد**. وولده أي الوكيل ووالده ومكاتبه ونحوهم ممن ترد شهادته له كنفسه فلا يجوز البيع لأحدهم ولا الشراء منه مع الإطلاق، لأنه يتهم في حقهم ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمته في حق نفسه، بخلاف نحو أخيه وعمه، وكالوكيل حاكم وأمينه ووصي وناظر وقف ومضارب، قال المنقح: وشريك عنان ووجوه فلا يبيع أحد منهم من نفسه ولا ولده ووالده لما تقدم، فيعلم منه أنه ليس لناظر الوقف غير الموقوف عليه أن يؤجر عين الوقف لولده ولا وزجته، ولا تؤجر ناظرة زوجها ونحوه للتهمة وإن باع الوكيل أو المضارب بدون ثمن مثل أو بدون ثمن مقدر أو اشترى الوكيل أو المضارب ب ثمن أكثر منه أي من ثمن المثل أو المقدر نصا صح البيع والشراء لأن من صح بيعه وشراؤه بثمن صح بأنقص منه وأزيد كالمريض وضمن وكيل ومضارب في شراء زيادة أي مثل الزيادة عن ثمن مثل أو مقدر أو أي وضمن نقصا أي كل النقص عن مقدر وضمن كل مالا يتغابن بمثله عادة فيما لم يقدر، بأن يعطي لوكيله ثوبا ثمن مثله مائة درهم، يبيعه له ولم يقدر له الثمن فيبيعه بثمانين والحال أن مثل الثوب وقد يبيعه غيره بخمسة." (٢)

"ولا يجوز لوليهما أن يتصرف في مالهما إلا على وجه الحظ لهما فإن تبرع أو حابى أو زاد على النفقة عليهما أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ضمن ولا يجوز أن يشتري من مالهما شيئا لنفسه ولا يبيعهما إلا الأب ولوليهما مكاتبة رقيقهما وعتقه على مال (١)

---

(١) كشف المخدرات والرياض الزاهرات لشرح أخصر المختصرات، المؤلف غير معروف ٢٨٩/١

(٢) كشف المخدرات والرياض الزاهرات لشرح أخصر المختصرات، المؤلف غير معروف ٢٩٤/١

١- لكن سأله الأثرم عن رجل مات وله ورثة صغار كيف أصنع فقال إن لم يكن لهم وصي ولهم أم مشفقة يدفع إليها

(ولا يجوز لوليهما أن يتصرف في مالهما إلا على وجه الحظ لهما) لقوله تعالى ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ﴾ الأنعام ١٥٢ والمجنون في معناه ولقوله عليه السلام لا ضرر ولا إضرار رواه أحمد (فإن تبرع) بهبة أو صدقة (أو حابى) بزيادة أو نقصان (أو زاد على النفقة عليها أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ضمن) لأنه مفرط فضمن كتصرفه في مال غيرهما ومراده والله أعلم أن يضمن القدر الزائد على الواجب لا مطلقا (ولا يجوز أن يشتري من مالهما شيئا لنفسه) لأنه عليه السلام نهى الوصي عن ذلك والحاكم في معناه (ولا يبيعهما) لأنه كالشراء معنى فيساويه حكما (إلا الأب) فيجوز اتفاقا لأنه يلي بنفسه فجاز أن يتولى **طرفي العقد** كالنكاح والتهمة بين الوالد وولده منتفية إذ من طبعه الشفقة عليه والميل إليه وترك حظ نفسه لحظه وبهذا فارق الوصي والحاكم (ولوليهما مكاتبة رقيقهما) لأن فيه تحصيلا لمصلحة الدنيا والآخرة وفي الشرح إذا كان الحظ فيه مثل أن تكون قيمته مائة فيكاتبه على مائتين وفي الترغيب أنها تجوز لغير الحاكم (وعتقه على مال) لأنه معاوضة لليتيم فيها حظ فملكها وليه كالبيع وظاهره مطلقا لكن في الشرح إذا أعتقه بمال بقدر قيمته أو أقل لم يجز لعدم الحظ فيه وظاهره أنه لا يجوز عتقه مجانا وعنه بلى لمصلحة اختاره أبو بكر بأن تكون له أمة لها ولد يساويا (١) ".

"والوكالة عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخها (١)

١- يوكله في شراء عبد غيره فجاز أن يشتري نفسه كالمرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز توكيلها في طلاق نفسها والثانية لا لأن يد العبد كيد سيده أشبه ما لو وكله في الشراء من نفسه ولهذا يحكم للانسان بما في يد غيره وفي المغني والشرح إن هذا الوجه لا يصح لأن أكثر ما يقدر جعل توكيل العبد كتوكيل سيده ولأن الولي في النكاح يجوز أن يتولى **طرفي العقد** فكذا هنا فلو قال العبد اشتريت نفسي لزيد وصدقاه صح ولزم زيد الثمن وإن قال السيد ما اشتريت نفسك إلا لنفسك عتق لإقرار السيد على نفسه بما يعتق به العبد ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده لأن الظاهر وقوع العقد له وإن صدقه السيد وكذب زيد

---

(١) المبدع، المؤلف غير معروف ٣٣٧/٤

نظرت في تكذيبه فإن كذبه في الوكالة حلف وبرئ وللسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه وإن صدقه في الوكالة وقال ما اشتريت نفسك لي قبل قول العبد لأن الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه

تنبيه لو وكل العبد في إعتاق عبيده والمرأة في طلاق نسائه لم يملك إعتاق نفسه ولا هي طلاق نفسها لأنه بإطلاقه ينصرف إلى التصرف في غيره وقيل بلى لأن اللفظ يعمه فلو وكل غريمه في إبراء نفسه صح كتوكيل العبد في إعتاق نفسه فلو وكله في إبراء غرمائه لم يملك إبراء نفسه في المشهور كما لو وكله في حبس غرمائه أو خصومتهم

(والوكالة عقد جائز من الطرفين) لأنها من جهة الموكل إذن ومن جهة الوكيل بدل نفع وكلاهما جائز (لكل واحد منهما فسخها) أي متى شاء لأنه

(١) ".

"وإذا زوج عبده الصغير من أمته جاز أن يتولى **طرفي العقد** وكذلك ولي المرأة مثل ابن العم والمولى والحاكم إذا أذنت له في نكاحها فله أن يتولى **طرفي العقد** وعنه (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) + كالعلم به وإن علم سبقه ونسي فقيل كجهله وقال أبو بكر يقف ليعلم وإن أقرت لأحدهما بالسبق لم يقبل على الأصح وإن ادعى علمها بالسبق فأنكرت لم تستحلف

أصل إذا ماتت فلأحدهما نصف ميراثها بقرعة من غير يمين وإن مات الزوجان فإن كانت أقرت بالسبق لأحدهما فلا ميراث لها من الآخر وهي تدعي ميراثها ممن أقرت له فإن كان ادعى ذلك أيضا دفع إليها (وإلا فلا إن أنكر الورثة وإن لم تكن أقرت بالسبق فلها ميراث أحدهما بقرعة

مسالة يقدم أصلح الخاطبين مطلقا نقله ابن هانئ وفي النوادر ينبغي أن يختار لموليته شابا حسن الصورة

(وإذا زوج عبده الصغير من أمته) أو بنته أو زوج ابنه ببنت أخيه أو زوج وصي في نكاح صغيرا بصغيرة تحت حجره (جاز أن يتولى **طرفي العقد**) في قولهم جميعا لأنه ملكه بحكم الملك أو الولاية (وكذلك ولي المرأة مثل ابن العم والمولى والحاكم إذا أذنت له في نكاحها فله أن يتولى **طرفي العقد**) لقول عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم بنت قارظ أتجعلين أمرك إلي قالت نعم قال قد تزوجتك رواه البخاري تعليقا ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب والقبول فصح كما لو كانا من رجلين وكما لو زوج عبده من أمته والأشهر

---

(١) المبدع، المؤلف غير معروف ٣٦٢/٤

أنه يكفي الإيجاب فيقول زوجت فلانا فلانة أو تزوجتها إن كان هو الزوج لفعل عبد الرحمن وقيل يعتبر معه القبول وقيل تولية طرفيه تختص بمجبر (وعنه

١-

(١) ".

"لا يجوز حتى يوكل غيره في الطرف الآخر وإذا قال السيد لأمته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك صح (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) + لا يجوز حتى يوكل غيره في الطرف الآخر) نقلها ابن منصور لأن المغيرة بن شعبة خطب امرأة هو أولى الناس بها فأمر رجلا فزوجه رواه البخاري تعليقا ولأنه عقد ملكه بالإذن فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع وبهذا فارق ما إذا زوج أمته بعبده الصغير وعلى هذه إن وكل من يقبل له النكاح وتولى هو الإيجاب جاز كالإمام الأعظم أو وكله الولي في الإيجاب والزوج في القبول فوجهان وعلى الأولى إلا بنت عمه وعتيقته المجنونتين فيشترط ولي غيره أو حاكم

مسألة إذا أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يجز أن يزوجها نفسه لأن إطلاق الإذن يقتضي تزويجها غيره كولده مثلا فإن كان الابن كبيرا قبل لنفسه وإن كان صغيرا فالخلاف في تولي طرفي العقد

(وإذا قال السيد لأمته) بحضرة شاهدين نص عليه (أعتقتك وجعلت عتقك صداقك صح) العتق والنكاح نص عليه في رواية جماعة وهو المذهب لما روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وتزوجها فقال له ثابت ما أصدقها قال نفسها أعتقها وتزوجها متفق عليه وفي لفظ للبخاري وجعل عتقها صداقها ولم ينقل أنه عليه الصلاة والسلام استأنف عقدا ومتى ثبت العتق صداقا ثبت النكاح إذ الصداق لا يتقدم عليه رواه الأثرم عن علي وفعله أنس ولأن منفعة البضع إحدى المنفعتين فجاز أن يكون العتق عوضا عنه دليله منفعة الخدمة كقوله أعتقتك على خدمة سنة لا يقال هذا من خصائصه إذ من خصائصه النكاح بغير مهر ولا شهود لأنا نقول الغرض أنه عليه الصلاة والسلام عقد بمهر وإذن فحكم أمته حكمه في صفة ومثله جعلت عتق أمتي

١-

---

(١) المبدع، المؤلف غير معروف ٧/٤٣

". (١)

"الزوج قبلته لموكلي فلانا أو لفلان ووصي الولي في النكاح بمنزلته فيجبر من يجبره من ذكر وأنثى وإن استوى وليان فأكثر في درجة صح التزويج من كل واحد إن أذنت لهم فإن أذنت لأحدهم تعين ولم يصح نكاح غيره ومن زوج بحضرة شاهدين عبده الصغير بأمته أو زوج ابنه بنحو بنت أخيه أو وكل الزوج الولي أو عكسه أو وكلا واحدا صح أن يتولى طرفي العقد ويكفي زوجت فلانا فلانة أو تزوجتها إن كان هو الزوج ومن قال لأمته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك عتقت وصارت زوجة له إن توفرت شروط النكاح

". (٢)

"

ومن أراد أن ينكح امرأة هو وليها فله أن يتزوجها من نفسه بإذنها وإن زوج أمته عبده الصغير جاز أن يتولى طرفي العقد وإن قال لأمته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك بحضرة شاهدين ثبت العتق والنكاح لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها فصل وللسيد تزويج إمائه كلهن وعبيده الصغار بغير إذنهم وله تزويج أمة موليته بإذن سيدتها ولا يملك إجبار عبده الكبير على النكاح وإيما عبد تزوج بغير إذا مواليه فهو عاهر فإن دخل بها فمهرها في رقبته كجنايته إلا أن يفديه السيد بأقل من قيمته أو المهر ومن نكح أمة على أنها حرة ثم علم فله فسخ النكاح ولا مهر عليه إن فسخ قبل الدخول وإن أصابها فلها مهرها وإن أولدها فولده حر يفديه بقيمته ويرجع بما غرم على من غره ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له نكاح الإماء فإن كان ممن يجوز له ذلك فرضي فما ولدت بعد الرضا فهو رقيق & باب المحرمات في النكاح &

وهن الأمهات والبنات والأخوات وبنات الإخوة وبنات الأخوات والعمات والخالات وأمهات النساء وحلائل الآباء والأبناء والربائب والمدخول بأمهاتهن ويحرم

". (٣)

---

(١) المبدع، المؤلف غير معروف ٤٤/٧

(٢) دليل الطالب، المؤلف غير معروف ص/٢٢٦

(٣) عمدة الفقه، المؤلف غير معروف ص/٩٠

"عاد نزعه عنه ويقيد المجنون إن خيف عليه نصا ولا يصح أن يبيع ولي صغير ومجنون من مالهما لنفسه أو يشتري من مالهما لنفسه أو يرتهن من مالهما لنفسه لأنه مظنة التهمة غير أب فله ذلك ويلي **طرفي العقد** لأنه يلي بنفسه والتهمة منتفية بين الوالد وولده إذ من طبعه الشفقة عليه والميل إليه وترك حظ نفسه لحظه بخلاف غيره وله أي الأب مكاتبة قنهما ولغيره أي الأب من الأولياء وهو الوصي والحاكم مكاتبة قنهما أي الصغير والمجنون لأن فيه تحصيلا لمصلحة الدنيا والآخرة وقيدها بعض الأصحاب بما إذا كان فيها حظ ولأب وغيره عتقه أي قنهما على مال لأنه معاوضة فيها حظ أشبه البيع وليس له العتق مجانا ولأب غيره تزويجه أي قنهما لمصلحة ولو بعضه ببعض لا عفافه عن الزنا وإيجاب نفقة الأمة على زوجها ولأب وغيره إذنه أي رقيق محجوره في تجارة بما له كاتجار وليه فيه بنفسه ولأب وغيره سفر بمالهما للتجارة أو غيرها مع أمن بلد وطريق لجريان العادة به في مال نفسه فإن كان البلد أو طريقه غير أمن لم يجز ولأب وغيره مضاربته به أي الإتجار بمالهما بنفسه لحديث ابن عمر مرفوعا من ولى يتيما له مال فليتجر به ولا يتركه حتى تأكله الصدقة وروي موقوفا على عمر وهو أصح ولأنه أحظ للمولى عليه ولمحجور ربحه كله لأنه نماء ماله فلا يستحقه غيره إلا بعقد ولا يعقدها الولي لنفسه للتهمة ولولي دفعه أي مال محجور عليه لغيره مضاربة بجزء مشاع معلوم من ربحه لأن عائشة رضي الله تعالى عنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر ولنيابة الولي عن محجورة في كل ما فيه مصلحة وللعامل ما شورط عليه ولولي بيعه أي مال مولاه نساء أي إلى أجل لمصلحة وله قرضه ولو بلا رهن لمصلحة بأن يكون ثمن المؤجل أكثر مما يباع به حالا أو يكون القرض لمليء يأمن جحوده خوفا على المال من نحو سفر وإن أمكنه أي الولي أخذ رهن أو ضمين بثمن أو قرض فالأولى أخذه احتي ،طا وإن تركه أي التوثق ولي مع إمكانه فضاع المال لم يضمنه الولي لأن الظاهر السلامة فلا يقرضه لمودة ومكافأة نصا وله هبته بعوض لأنها في معنى البيع وفيها ما فيه وله رهنه لثقة لحاجة وإيداعه ولو مع إمكان قرضه لمصلحة وله شراء عقار من مالهما ليستغل لهما مع بقاء الأصل

". (١)

"في ذلك وكما لو صرح فقال له بعه أو اشتره من غيرك وللحقوق التهمة له في ذلك إلا إن أذن موكل لوكيله في بيعه لنفسه أو شرائه منها فيصح للوكيل إذا تولى **طرفي العقد** فيهما كأب الصغير ونحوه إذا باع

---

(١) شرح منتهى الإرادات، المؤلف غير معروف ١٧٦/٢

من ماله لولده أو اشترى منه له وكتوكيله أي جائز التصرف في بيعه وتوكيل آخر لذلك الوكيل في شرائه فيتولى طرفي عقده ومثله أي عقد البيع نكاح بأن يوكل الولي الزوج أو عكسه أو يوكلا واحدا أو يزوج عبده الصغير بأمته ونحوه فيتولى **طرفي العقد** ومثله دعوى بأن يوكله المتداعيان في الدعوى والجواب عنها وإقامة الحجة لكل منهما وقال الأزجي في الدعوى الذي يقع الاعتماد عليه لا يصح للتضاد وولده أي الوكيل ووالده ومكاتبه ونحوهم ممن ترد شهادته له كزوجته وابن بنته وأبي أمة كنفسه فلا يجوز للوكيل البيع لأحدهم ولا الشراء منه مع الإطلاق لأنه يتهم في حقهم ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمته في حق نفسه بخلاف نحو أخيه وعمه وكذا حاكم وأمينه ووصي وناظر وقف ومضارب قال المنقح وشريك عنان ووجوه فلا يبيع أحد منهم من نفسه ولا ولده ووالده ونحوه ولا يشتري من نفسه ولا من ولده ووالده ونحوه لما تقدم فيعلم منه أنه ليس لناظر الوقف غير الموقوف عليه أن يؤجر عين الوقف لولده ولا زوجته ولا تؤجر ناظرة زوجها ونحوه للتهمة وقد ذكرت ما فيه في شرح الإقناع وإن باع وكيل في بيع أو باع مضارب بزائد على ثمن مقدر أي قدره له رب المال صح أو باعا بزائد على ثمن مثل إن لم يقدر لهما ثمنا ولو كان الزائد من غير جنس ما أمرا به أي الوكيل والمضارب بالبيع به صح البيع لوقوعه بالمأذون فيه وزيادة تنفع ولا تضر ولأن من رضي بمائة لا يكره أن يزاد عليها ثوبا أو نحوه وإن قال بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار أو بتسعين درهما وعشرة دنانير ونحوه أو بمائة ثوب أو بثمانين درهما وعشرين ثوبا لم يصح ذكره القاضي للمخالفة ويحتمل أن يصح فيما إذا جعل مكان الدراهم أو مكان بعضها دنانير لأنه مأذون فيه عرفا لأن من رضي بدرهم رضي مكانه دينارا ذكره في المغنى وكذا يصح البيع إن باعا أي الوكيل والمضارب بأنقص عن مقدار أو ثمن مثل أو اشتريا بأزيد عن مقدر أو ثمن مثل نصا

---

(١) ".

"بقرعة فيأخذه من خرجت القرعة له بلا يمين لأنه يقول لا أعرف الحال وان مات الزوجان أي العاقدان على امرأة وجهل السابق منهما فإن كانت أقرت بسبق لأحدهما فلا إرث لها من الآخر لأنها أقرت ببطلان نكاحه لتأخره وهي تدعي ميراثها ممن أقرت له بالسبق لتضمنه صحة نكاحه فإن كان ادعى ذلك أي السبق أيضا قبل موته دفع اليها ارثها منه وإلا يكن المدعي ذلك قبل موته فلا يدفع إليها شيء ان أنكر ورثته سبقه ولها تحليفهم أنهم لا يعلمون أنه السابق فإن نكلوا قضى عليهم وان لم تكن المرأة أقرت بسبق

---

(١) شرح منتهى الإرادات، المؤلف غير معروف ٢/١٩٥

من أحدهما ورثت من أحدهما بقرعة بأن يقرع بينهما فمن خرجت عليه القرعة فلها إرثها منه وروى حنبل عن أحمد في رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الأب ولم يعلم أيتهن زوج يقرع فأيتهن أصابتها القرعة فهي زوجته وإن مات الزوج فهي التي ترثه ومن زوج عبده الصغير بأمته جاز أن يتولى **طرفي العقد** بلا نزاع قاله في شرحه لأنه عقد بحكم الملك لا بحكم الإذن أو زوج ابنه الصغير ونحوه بنت أخيه جاز أن يتولى **طرفي العقد** أو زوج وصي في النكاح صغيرا بصغيرة تحت حجره ونحوه كما لو زوج ابنه بصغيرة هو وصي عليها صح أن يتولى **طرفي العقد** وكذا ولي امرأة تحل له كابن عم ومولى وحاكم إذا أذنت له بنت عمه أو عتيقته أو من لا ولي لها في تزويجها فيصح أن يتولى **طرفي العقد** لما روى البخاري عن عبد الرحمن بن عوف أنه قال لأم حكيم بنت قارض أتجعلين أمرك إلي قالت نعم قال قد تزوجتك ولأنه يملك الإيجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير أو وكل زوج وليا لمخطوبته أن يقبل له النكاح من نفسه فيجوز للولي **طرفي العقد** وعكسه بأن وكل الولي الزوج في إيجاب النكاح لنفسه فيجوز للزوج أن يتولى **طرفي العقد** أو وكلا أي الزوج والولي رجلا واحدا بأن وكله الولي في الايجاب والزوج في القبول فله أن يتولى **طرفي العقد** لهما ونحوه أي ما تقدم كأن أذن السيد لعبده الكبير أن يتزوج أمته أو نحو النكاح من العقود كالبيع والإجارة فيجوز فيهما تولي **طرفي العقد** إذا وكل أحد العاقدين الآخر أو وكل واحدا ولا يشترط في تولي **طرفي العقد** الجمع بين

". (١)

"

ووصي الولي في النكاح بمنزلته إذا نص له عليه لأنها ولاية ثابته للموصي فجازت وصيته بها كولاية المال ولأنه يجوز أن يستنيب فيها في حياته ويقوم نائبه مقامه فجاز أن يستنيب فيها بعد موته

فيجبر من يجبره الموصي لو كان حيا

من ذكر أو أنثى قال في الكافي وعنه ليس له الوصية بذلك لأنها ولاية لها من يستحقها بالشرع فلم يملك نقلها بالوصية كالحضانة وقال ابن حامد إن كان لها عصبة لم تصح الوصية بها لذلك وإن لم يكن صحت لعدمه انتهى

---

(١) شرح منتهى الإرادات، المؤلف غير معروف ٢/٦٤٥

وإن استوى وليان فأكثر في درجة صح التزويج من كل واحد إن أذنت لهم لوجود سبب الولاية في كل منهم بإذن موليته أشبه ما لو انفرد بالولاية

فإن أذنت لأحدهم تعين ولم يصح نكاح غيره لعدم الإذن قال في الشرح وإذا كان لها وليان فأذنت لكل منهما في معين أو مطلق فزوجاها لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل وقال مالك إن دخل بها الثاني فهي له لقول عمر إذا أنكح وليان فالأول أحق ما لم يدخل بها الثاني ولنا ما روى سمرة عنه صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول رواه أبو داود و الترمذي وأخرجه النسائي عنه وعن عقبة وروي نحوه عن علي وحديث عمر لم يصححه أصحاب الحديث فإن جهل الأول منهما فسخ النكاحان وعنه يقرع بينهما انتهى

ومن زوج بحضرة شاهدين عبده الصغير بأمته جاز أن يتولى طرفي العقد بلا نزاع لأنه عقد بحكم الملك لا بحكم الإذن

أو زوج ابنه بنحو بنت أخيه أو وكل الزوج الولي أن يقبل له النكاح من نفسه

أو عكسه بأن وكل الولي الزوج في إيجاب النكاح لنفسه

". (١)

"

أو وكلا واحدا بأن وكله الولي في الإيجاب والزوج في القبول

صح أن يتولى طرفي العقد ولا يشترط الجمع بين الإيجاب والقبول فلذا قال

ويكفي زوجت فلانا فلانة وإن لم يقل وقبلت له نكاحها

أو تزوجتها إن كان هو الزوج وإن لم يقل وقبلت نكاحها لنفسي وكذا إن كان الزوج هو وليها وأذنت له لما روي البخاري عن عبد الرحمن بن عوف أنه قال لأم حكيم ابنه قارظ أتجعلين أمرك إلي قالت نعم قال قد تزوجتك ويجوز أن يجعل أمرها إلى من يزوجها منه بإذنها لأن المغيرة بن شعبة أمر رجلا أن يزوجه امرأة المغيرة أولى بها منه رواه أبو داود

---

(١) منار السبيل، المؤلف غير معروف ٢/١٤٤

ومن قال لأمته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك عتقت وصارت زوجة له روي عن علي وفعله أنس وروى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه وعن صفية قالت أعتقني رسول الله صلى الله عليه وسلم وجعل عتقي صداقي رواه الأثرم

إن توفرت شروط النكاح منها أن يكون الكلام متصلا بحضرة شاهدين عدلين لحديث لا نكاح إلا بولي وشاهدين ذكره أحمد

الرابع الشهادة فلا ينعقد إلا بشهادة ذكرين مكلفين ولو رقيقين متكلمين لأن الأخرس لا يتمكن من أداء الشهادة

سميعين لأن الأصم لا يسمع العقد فيشهد به

مسلمين عدلين ولو ظاهرا من غير أصلي الزوجين وفرعيهما لأنهم لا تقبل شهادتهم للزوجين واشتراط الشهادة في النكاح احتياط للنسب خوف الإنكارروي عن عمر وعلي وغيرهما لحديث عائشة مرفوعا لا بد في النكاح من حضور

". (١)

" لخبر مسلم عن فضالة بن عبيد قال أتي النبي صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها خرز وذهب تباع بتسعة دنانير فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال الذهب بالذهب وزنا بوزن وفي رواية لا تباع حتى تفصل

ولأن قضية اشتمال أحد طرفي العقد على مالين مختلفين توزيع ما في الآخر عليهما اعتبارا بالقيمة كما في بيع شقص مشفوع وسيف بألف وقيمة الشقص مائة والسيف خمسون فإن الشفيع يأخذ الشقص بثلثي الثمن والتوزيع هنا يؤدي إلى المفاضلة أو الجهل بالمماثلة ففي بيع مد ودرهم بمدين إن كانت قيمة المد الذي مع الدرهم أكثر أو أقل منه لزمت المفاضلة أو مثله لزم الجهل بالمماثلة فلو كانت قيمته درهمين فالمد ثلثا طرفه فيقابله ثلثا المدين أو نصف درهم فالمد ثلث طرفه فيقابله ثلث المدين فتلزم المفاضلة أو مثله فالمماثلة مجهولة لأنها تعتمد التقويم وهو تخمين قد يخطئ وتعدد العقد هنا بتعدد البائع أو المشتري كاتحاده بخلاف تعدده بتفصيل العقد بأن جعل في بيع مد ودرهم بمثلهما المد في مقابلة المد أو الدرهم

---

(١) منار السبيل، المؤلف غير معروف ٢/١٤٥

والدرهم في مقابلة الدرهم أو المد ولو لم يشتمل أحد جانبي العقد على شيء مما اشتمل عليه الآخر كبيع دين ار ودرهم بصاع بر وصاع شعير أو بصاعي بر أو شعير وبيع دينار صحيح وآخر مكسر بصاع تمر

". (١)

"فإذا قال الآخر أعطيتكها أو فعلت لزم وليس للاول أن لا يقبل.قوله: (انعقد على المذهب) صوابه لم ينعقد، فقد صرح في البحر عن الصيرفية بأن الانعقاد خلاف ظاهر الرواية، ومثله في النهر، وكذا في شرح المقدسي عن فوائد تاج الشريعة.وفي التاترخانية قال لامرأة بمحضر من الرجال: يا عروسي قالت: لبيك فنكاح، قال القاضي بديع الدين: إنه خلاف ظاهر الرواية.قوله: (فلا ينعقد الخ) تفريع على ما تقدم من انعقاده بلفظين الخ ح.قوله: (كقبض مهر) قال في البحر): وهل يكون القبول بالفعل كالقبول باللفظ كما في البيع؟ قال في البزازية: أجاب صاحب البداية في امرأة زوجت نفسها بألف من رجل عند الشهود، فلم يقل الزوج شيئا لكن أعطاها المهر في المجلس أنه يكون قبولا، وأنكره صاحب المحيط، وقال الامام ما لم يقل بلسانه قبلتبخلاف البيع لانه ينعقد بالتعاطي والنكاح لخطره لا ينعقد حتى يتوقف على الشهود، وبخلاف إج ازة نكاح الفضولي بالفعل لوجود القول ثمة ا هـ.ح.قوله: (ولا بتعاط) تكرار مع قوله بالفعل كقبض مهر وكل منهما تكرار مع قول المتن الآتي ولا بتعاط فإن مسألة قبض المهر التي قدمنا نقلها عن البحر بعينها شرح بها المصنف قوله ولا بتعاط ح.مطلب: التزوج بإرسال كتاب قوله: (ولا بكتابة حاضر) فلو كتب تزوجتك فكتبت قبلت لم ينعقد.بحر.والاظهر أن يقول: فقالت قبلت الخ، إذ الكتابة من الطرفين بلا قول لا تكفي ولو في الغيبة.تأمل.قوله: (بل غائب) الظاهر أن المراد به الغائب عن المجلس وإن كان حاضرا في البلد ط.قوله: (فتح) فإنه قال: ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب.وصورته: أن يكتب إليها يخطبها، فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت: زوجت نفسي منه، أو تقول إن فلانا كتب إلي يخطبني فاشهدوا أني زوجت نفسي منه، أما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسي من فلان لا ينعقد، لان سماع ا لشطرين شرط صحة النكاح، وبإسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين، بخلاف ما إذا انتفيا.قال في المصفى: هذا: أي الخلاف إذا كان الكتاب بلفظ التزوج، أما إذا كان بلفظ الامر كقوله زوجي نفسك مني لا يشترط إعلامها الشهود بما في الكتاب لانها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة، ونقله عن الكامل، وما نقله من نفي الخلاف في صورة الامر لا شبهة فيه على قول

(١) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، المؤلف غير معروف ٣/٦٤

المصنف والمحققين، أما على قول من جعل لفظة الامر إيجابا كقاضيخان على ما نقلناه عنه فيجب إعلامها إياهم ما في الكتاب ا هـ.وقوله: لا شبهة فيه الخ، قال الرحمتي: فيه مناقشة لما تقدم أن من قال: إنه توكيل يقول توكيل ضمني فيثبت بشروط ما تضمنه وهو الايجاب كما قدمناه، ومن شروطه سماع الشهود فينبغي اشتراط السماع هنا على القولين، إلا أن يقال: قد وجد النص هنا على أنه لا يجب فيرجع إليه ا هـ.تنبيه: لو جاء الزوج بالكتاب إلى الشهود مختوما فقال: هذا كتابي إلى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز في قول أبي حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه، وعند أبي يوسف: يجوز، وفائدة هذا." (١)

"السكوت بعد العقد رضا كما بسطه في الفتح، وقدمنا الخلاف أيضا فيما إذا زوجها غير كف ء فبلغها فسكتت.قوله: (لا لو بطل بموته) لان الاجازة شرطها قيام العقد.بحر.قوله: (فالقول لها) لان الاصل أن المسلم المكلف لا يعقد إلا العقد الصحيح النافذ.قوله: (فالقول لهم) لانها أقرت أن العقد وقع غير تام، ثم ادعت النفاذ بعد ذلك فلا يقبل منها لمكان التهمة.بحر.وحينئذ فلا ترث وهل تعتد؟ فإن كانت صادقة في نفس الامر، فلا شك في وجوب العدة عليها ديانة وإلا فلا، نعم لو أرادت أن تتزوج تمنع مؤاخذة لها بقولها، وأما لو تزوجت ففي الذخيرة: لو تزوجت المرأة ثم ادعت العدة فقال الزوج: تزوجتك بعدها فالقول قوله لانه يدعي الصحة ا هـ.فلعله يقال هنا كذلك، لان أقرارها السابق لم يثبت من كل وجه، هذا ما ظهر لي.قوله: (وقولها غيره) أي غير هذا الزوج.قوله: (رد قبل العقد لا بعده) فرقوا بينهما بأنه يحتمل الاذن وعدمه فقبل النكاح لم يكن النكاح، فلا يجوز بالشك، وبعده كان فلا يبطل بالشك، كذا في الظهيرية وهو مشكل، لانه لا يكون نكاحا إلا بعد الصحة، وهي بعد الاذن فالظاهر أنه ليس بإذن فيهما.بحر.وأصل الاشكال لصاحب الفتح.وأجاب عنه المقدسي بأن العقد إذا وقع ثم ورد بعده ما يحتمل كونه تقريرا له وكونه ردا ترجح بوقوعه احتمال التقرير، وإذا ورد قبله ما يحتمل الاذن وعدمه ترجح الرد لعدم وقوعه فيمنع من إيقاعه لعدم تحقق الاذن فيه.قوله: (ولو زوجها لنفسه الخ) محترز قول المصنف أو زوجها أيأن الولي لو تزوجها كابن العم إذا تزوج بنت عمه البكر البالغ بغير إذنها فبلغها فسكتت لا يكون رضا، لانه كان أصيلا في نفسه فضوليا في جانب المرأة فلم يتم العقد في قول أبي حنيفة ومحمد فلا يعمل الرضا، ولو استأمرها في التزويج من نفسه فسكتت، جاز إجماعا.بحر عن الخانية.والحاصل: أن الفضولي ولو من جانب إذا تولى طرفي العقد لا يتوقف عقده على الاجازة عندهما بل يقع باطلا، بخلاف ما لو باشر العقد مع غيره من أصيل أو ولي أو وكيل أو فضولي آخر فإنه يتوقف اتفاقا كما سيأتي في آخر باب الكفاءة.قوله:

---

(١) حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ٣/١٣

(فسكتت) أما لو قالت حين بلغها قد كنت قلت إني لأأريد فلانا ولم تزد على هذا، لم يجز النكاح لانها أخبرت أنها على إبائها الاول.ذخيرة.قوله: (بخلاف ما لو بلغها الخ) لان نفاذ التزويج كان موقوفا على الاجازة، وقد بطل بالرد، والرد في الاول كان للاستئذان لا للتزوج العارض بعده، لكن قال في الفتح: الاوجه عدم الصحة، لان ذلك الرد الصريح يضعف كون ذلك السكوت دلالة الرضا ا هـ.وأقره في بحر.وقد يقال: إنه قد تكون علمت بعد ذلك بحسن حاله، وقد يكون ردها الاول حياء لما علمته من أن الغالب إظهار النفرة عند فجأة السماع، ولو كانت على امتناعها الاول صرحت بالرد كما صرحت به أولا ولم تستح منه.قوله: (إن عرف) بالبناء للمجهول ونائب الفاعل ضمير المرأة والذي في البحر: إن عرفت.." (١)

"أثر كونه مأمورا من الطرفين أو من طرف وله ولاية الطرف الآخر.قوله: (ونكاح عبد) أي ولو مدبرا أو مكاتبا.نهر.قوله: (وأمة) أي ولو أم ولد.نهر.قوله: (على الاجازة) أي إجازة السيد أو إجازة العبد بعد الاذن المتأخر عن العقد لما في البحر عن التجنيس: لو تزوج بغير إذن السيد ثم أذن لا ينفذ، لان الاذن ليس بإجازة فلا بد من إجازة العبد العاقد وإن صدر العقد منه ا هـ.قوله: (كنكاح الفضولي) أي الذي باشره مع آخر أصيل أو ولي أو وكيل أو فضولي، أما لو تولى **طرفي العقد**، وهو فضولي من الجانبين أو أحدهما فإنه لا يتوقف خلافا لابي يوسف كما مر.قال في البحر: الفضولي من يتصرف لغيره بغير ولاية وكالة أو لنفسه، وليس أهلا، وإنما زدناه: أي قوله أو لنفسه ليدخل نكاح العبد بلا إذن إن قلنا إنه فضولي، وإلا فهو ملحق به فيأحكامه ا هـ.والصبي كالعبد وإنما قال: من يتصرف لا من يعقد ليدخل اليمين، كما لو علق طلاق زوجة غيره على دخول الدار مثلا، فإنه يتوقف على إجازة الزوج، فإن أجاز تعلق، فتطلق بالدخول بعد الاجازة لا قبلها، ما لم يقل الزوج أجزت الطلاق علي، ولو قال: أجزت هذا اليمين علي، لزمته اليمين، ولا يقع الطلاق ما لم تدخل بعد الاجازة كما في الفتح: عن الجامع والمنتقى.قوله: (إن لها مجيز الخ) فسر المجيز في النهاية: بقابل يقبل الايجاب، سواء كان فضوليا أو وكيلا أو أصيلا، وقال فيها في فصل بيع الفضولي: لو باع الصبي ما له أو اشترى أو تزوج أو زوج أمه أو كاتب عبده ونحوه توقف عن إجازة الولي، فلو بلغ هو فأجاز نفذ، ولو طلق أو خلع أو أعتق عن مال أو بدونه أو وهب أو تصدق أو زوج عبده أو باع ماله بمحاباة فاحشة أو اشترى بغبن فاحشة أو غير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ، كان باطلا لعدم المجيز وقت العقد إلا إذا كان لفظ الاجازة يصلح لابتداء العقد، فيصح على وجه الانشاء كأن يقول بعد البلوغ: أوقعت ذلك الطلاق أو العتاق ا هـ.قال في الفتح: وهذا يوجب أن يفسر المجيز هنا بمن يقدر على

(١) حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ٣/٦٦

إمضاء العقد لا بالقابل مطلقا ولا بالولي، إذ لا يتوقف في هذه الصور، وإن قبل فضولي آخر أو ولي لعدم قدرة الولي على إمضائها فعلى هذا فما لا مجيز له: أي ما ليس له من يقدر على الاجازة يبطل كما إذا كان تحته حرة فزوجه الفضولي أمة أو أوخت امرأته أو خامسة أو معتدة أو مجنونة أو صغيرة يتيمة في دار الحرب، أو إذا لم يكن سلطان ولا قاض لعدم من يقدر على الامضاء في حالة العقد، فوقع باطلا حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة، وانقضاء عدة المعتدة فأجاز لا ينفذ، وأما إذا كان فيجب أن يتوقف لوجود من يقدر على الامضاء ا ه ملخصا.وقوله: وإما إذا كان: أي وجد سلطان أو قاض في مكان عقد الفضولي عن المجنونة أو اليتيمة، فيتوقف، أي ويفذ بإجازتها بعد عقلها أو بلوغها لان وجود المجيز حالة العقد، لا يلزم كونه من أولياء النسب كما تقدم في الباب السابق قبل قوله: وللولي إلا بعد التزويج بغيبة الاقرب.قوله: (ولابن العم الخ) هذه من فروع قوله: ويتولى طرفي النكاح واحد ليس بفضولي من جانب، فيتولاه هنا بالاصالة من جانبه والولاية من جانبها، ومثل الصغيرة المعتوهة والمجنونة، ولا يخفى أن المراد حيث لا ولي أقرب منه.قوله: (فلابد من الاستئذان) أيإذا زوجها لنفسه لابد من استئذانها قبل العقد.قوله: (لا يجوز عندهما) لانه تولى طرفي النكاح،." (١)

"

ولا يلي كافر نكاح مسلمة إلا بملك نقره له عليها كمن أسلمت أم ولده أو مكاتبتة أو مدبرته في وجه

ويلي الكافر نكاح موليته الكافرة من كافر ومسلم

وهل يباشر تزويج المسلم في المسألتين أو يشترط أن يباشره بإذنه مسلم أو الحاكم خاصة فيه ثلاث أوجه

ويعتبر لنكاح المعتق بعضها إذن المعتق ومالك بقيتها كما يعتبر في الأمة لاثنين إذنهما

وإذا عضل ولى الحرة الأقرب أو غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد وعنه في العضل يزوج الحاكم ويخرج مثله في الغيبة وهي معتبرة بما لا يقطع إلا بكلفة ومشقة نص عليه

وقال الخرقي مالا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه

وقال القاضي مالا تقطعه القافلة في السنة إلا مرة

ويحتمل أن يكتفي بمسافة القصر

---

(١) حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ١٠٧/٣

وإذا زوج الأبعد ولم يعضل الأقرب ولم يغب فهو كتزويج أجنبي فضولي

وإذا استوت درجة أولياء الحرة فإيهم زوج صح لكن الأولى تقديم أفضلهم ثم أسنهم فإن تشاحوا أقرع بينهم فإن سبق من أخطأته القرعة فزوج صح وقيل لا يصح

وإذا زوج وليان من اثنين وجهل أسبق العقدين أو كيف وقعا فسخ الحاكم النكاحين ثم نكحت من شاءت منهما ومن غيرهما وعنه يقرع بينهما فمن قرع أمر صاحبه بالطلاق ولا صداق عليه ثم يجدد القارع عقده وقيل إذا أمكن وقوعهما معا بطلا ولم يحتج إلى حاكم ولم يقرع كما لو علم وقوعهما معا

ولا يجوز لولي المرأة المجبرة كعتيقته أو بنت عمه المجنونة أن يتزوجها إلا بولي غيره وإن كان لها إذن تزوجها بإذنها وولايته ووكلت في أحد **طرفي العقد**

(١) ".

"فان تولاهما بنفسه أو تولاهما من اجتمعا له تعين ذلك كزوج وكله الولي أو أولى وكله الزوج أو وكيل من الطرفين أو ولى فهما كمن زوج ابنه الصغير ببنت أخيه ونحو ذلك جاز في إحدى الروايتين ويكفي أن يقول زوجت فلانة فلانا أو تزوجتها فيما اذا كان هو الزوج

والرواية الأخرى لا يجوز لأحد أن يتولى **طرفي العقد** إلا من يجبر فيهما كمن يزوج أمته أو بنته المجبرة لعبده الصغير وقيل يجوز تولي الطرفين إلا الزوج خاصة

وإذا قال قد جعلت عتق أمتي صداقها أو قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها صح بذلك العتق وفي النكاح روايتان

وقال ابن حامد إن قال مع ذلك وتزوجتها صح النكاح وإلا فلا فإن قلنا يصح فطلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها وإن قلنا لا يصح استأنفا نكاحا بإذنها ومهرها العتق فإن أبت لزمها قيمة نفسها

ولا ينعقد النكاح إلا بشهادة بينة يثبت بها عند التجاحد إلا المستورة الحال إذا لم تثبته بها ففي عقده بها وجهان وكذا عقده بشهادة عدوي الزوج أو المرأة أو الولي أو متهم لرحم من أحدهم وجهان وعنه ينعقد بحضور فاسقين

وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة أهل الذمة لم ينعقد إلا إذا قبلنا شهادة بعضهم على بعض ففيه وجهان وعنه جواز النكاح بلا شهادة إذا لم يكتموه

(١) المحرر في الفقه، المؤلف غير معروف ١٧/٢

وإذا زوجت المرأة بغير كفء لها في الدين والمنصب أو الحرية واليسار أو الصناعة صح النكاح لكن لمن لم يرض بذلك من المرأة والأولياء المستورين الفسخ وهل للأبعد الفسخ مع رضى الأقرب على روايتين وعنه أنه باطل

فلا يصح أن تزوج عفيفة بفاجر ولا حرة بعبد ولا موسرة بمعسر ولا بنت بزاز بحجام ولا نافي بحائك ولا عربية بعجمي والعرب بعضهم لبعض

" (١).

"ما يلزم وجوده وجود اللفظ ثم لما علمنا أن الملاحظ من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضا كما نص عليه في قوله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ عدينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد إلى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساو للطرف الآخر فقلنا لو قال بالمضارع ذي الهمزة أتزوجتك فقالت زوجت نفسي انعقد وفي المبدوءة بالتاء نحو تزوجني بنتك فقال فعلت عند عدم قصد الاستيعاد لأنه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الأول لأنه لا يستخبر نفسه عن الوعد وإذا كان كذلك والنكاح مما لا تجري فيه المساومة كان للتحقيقي في الحال فانعقد به لا باعتبار وضعه للانشاء بل بإعتبار استعماله في غرض تحقيقه واستفادة الرضا منه حتى قلنا لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال في شرح الطحاوي لو قال هل أعطيتنيها فقال أعطيت إن كان المجلس للوعد فوعد وإن كان للعقد فنكاح فيحمل قول السرخسي بالفارسية ميده ي ليس بشيء على ما إذا لم يكن قصد التحقيق ظاهرا ولو قال باسم الفاعل فكذلك عن أبي حنيفة إذا قال جئتك خاطبا بنتك أو لتزوجني ابنتك فقال الأب زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب أن لا يقبل لعدم جريان المساومة فيه كما قلنا والانعقاد بقوله أنا متزوجتك ينبغي أن يكون كالمضارع المبدوء بالهمزة سواء وقلنا ينعقد بلفظين وضع أحدهما للمستقبل يعني الأمر فلو قال زوجني بنتك فقال زوجتك انعقد ومنه كوني امرأتي ينعقد إذا قبلت وفي النوازل قال زوجني نفسك مني فقالت بالسمع والطاعة صح النكاح غير أن المصنف جعل الصحة باعتبار أنه توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح فيكون تمام العقد على هذا قائما بالمجيب وصرح غيره بأنها نفسها إيجاب فيكون قائما بهما في فتاوي قاضيخان ولفظه الأمر في النكاح إيجاب وكذا في الطلاق إذا قالت طلقني على ألف فطلق كان تاما وكذا في الخلع وكذا لو قال لغيره اكفل لي بنفس فلان هذا أو بما عليه فقال كفلت تمت الكفالة وكذا

---

(١) المحرر في الفقه، المؤلف غير معروف ١٨/٢

لو قال هب لي هذا العبد فقال وهبت في مسائل أخر ذكرها وهذا أحسن لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد قصد تحقق المعنى أولا وهو صادق على لفظة الأمر فليكن إيجابا ويستغنى عما أورد على تقرير الكتاب من أنه لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس وجوابه بأنه في ضمن الأمر بالفعل فيكون قبوله تحصيل الفعل في المجلس والظهار أنه لا بد من اعتباره توكيلا وإلا بقي طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم بقوله بعينه بكذا فيقول بعت بلا جواب إذ جوابه ما ذكره المصنف في البيع بأنه توكيل والواحد يتولى **طرفي العقد** في النكاح فصح دون البيع وحينئذ فتمام العقد قائم بالمجيب فلا يصح قوله ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل فلذا قيل المثال الصحيح أتزوجتك بألف فتقول قبلت على إرادة الحال وعرف من هذا أن شرط القبول في النكاح المجلس كالبيع لا الفور خلافا للشافعي رحمه الله وقد يوهم ما ذكر في المنية قال زوجتك بنتي بألف فسكت الخاطب فقال الصهر ادفع المهر فقال نعم فهو قبول وقيل لا أن فيه خلافا وإن كان المختار الصحة وقد يكون منشؤه من جهة أنه كان متصفا بكون خاطبا فحيث سكت ولم يجب على الفور كان ظاهرا في رجوعه فيحكم به أولا فقوله نعم بعده لا يفيد بمفرده لأن الفور شرط مطلقا والله سبحانه أعلم وصورة اختلاف المجلس أن يوجب أحدهما فيقوم الآخر قبل القبول أو يكون قد اشتغل بعمل آخر

". (١)

"صحة النكاح وبإسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين بخلاف ما إذا انتفيا ومعنى الكتاب بالخطبة أن يكتب زوجيني نفسك فإن رغبت فيك ونحوه ولو جاء الزوج بالكتاب إلى الشهود مختوما فقال هذا كتابي إلا فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز في قول أبي حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه وهو قول أبي يوسف ثم رجع وجوزه من غير شرط إعلام الشهود بما فيه وأصل الخلاف كتاب القاضي إلى القاضي على ما سيأتي إن شاء الله تعالى قال في المصفي هذا يعني الخلاف إذا كان الكتاب بلفظ التزوج أما إذا كان بلفظ الأمر كقوله زوجي نفسك مني لا يشترط إعلامها الشهود بما في الكتاب لأنها تتولى **طرفي العقد** بحكم الوكالة ونقله من الكامل قال وفائدة الخلاف إنما تظهر فيما إذا جحد الزوج بعد ما أشهدتم عليه من غير قراءته عليهم ولا إعلامهم بما فيه وقد قرأ المكتوب إليه الكتاب عليهم وقبل العقد بحضرتهم فشهدوا أن هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل هذه الشهادة عندهما ولا يقضى بالنكاح

---

(١) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ٣/١٩١

وعنده تقبل ويقضى به أما الكتاب فصحيح بلا إشهاد وهذا الإشهاد لهذا وهو أن تتمكن المرأة من إثبات الكتاب عند جحود الزوج الكتاب كذا في مبسوط شيخ الإسلام والكامل وأجمعوا في الصك أن الإشهاد لا يصح مالم يعلم الشاهد ما في الكتاب واعلم أن ما نقله من نفي الخلاف في صورة الأمر لا شبهة فيه على قول المصنف والمحققين أما على قول من جعل لفظ الأمر إيجابا كقاضيخان على ما نقلناه عنه فيجب اعتبار إعلامها إياهم بما في الكتاب وأنه إن لم يعلمهم الكاتب بما في الكتاب تكون من صور الخلاف وعلى هذا ما صدرنا به المسئلة الخامس ينعقد بالإشارة من الأخرس إذا كانت له إشارة معلومة السادس ينعقد بنقل الرسول عبارة المرسل إذا أجابت وسمع الشهود كلاميهما وسنفصله إن شاء الله تعالى في فصل الوكالة بالنكاح السابع لا يبطل عقد النكاح بالشروط الفاسدة فلو قال أتزوجك على أن تعطيني عبدك فأجابته بالنكاح إنعقد موجبا لمهر مثلها عليه ولا شيء له من العبد الثامن لا يجوز تعليق النكاح بالخطر لو قال إذا جاء فلان فقد زوجتك بنتي فلانة فقبل فجاء فلان لا ينعقد وكذا تعليق الرجعة إذ كل منهما إلزام والذي يجوز تعليقه بالشرط ما هو إسقاط كالطلاق والعتاق أو التزام كالنذر إلا التعليق بالمشيئة إذا أبطل من له المشيئة في المجلس على ما في التجنيس في رمز الفتاوي الصغرى وغيرها إذا قال تزوجتك إن شئت أو إن شاء زيد فأبطل صاحب المشيئة مشيئته في المجلس فالنكاح جائز لأن المشيئة إذا بطلت في المجلس صار نكاحا بغير مشيئة كما لو قال في السلم إذا بطل الخيار في المجلس جاز السلم ثم قال لكن إذا بدأت المرأة إما إذا بدأ الزوج فقال تزوجتك إن شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح ولا يحتاج إلى إبطال المشيئة بعد ذلك لأن القبول مشيئة ١ هـ وهذا ناظر إلى أن ما من جانب المرأة هو القبول سواء تقدم أو تأخر وما من جانب الرجل إيجاب تقدم أو تأخر وقد قدمنا قريبا أن الحق أن الأول إيجاب من أي جهة كان والثاني قبول كذلك ولعدم جواز تعليقه بالخطر امتنع خيار الشرط فيه فيبطل كما لو قال تزوجتك على أنى بالخيار فقبلت صح ولا خيار له بخلاف ما لو قال إن رضي أبي لا يجوز بخلاف من خطبت إليه ابنته فقال زوجتها فلم يصدقه الخاطب فقال إن لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك فقبل بحضرة الشهود ثم ظهر أنه لم يكن زوجها حيث ينعقد

". (١)

(١) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ٣/١٩٨

"من تولى الولي الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا مملكا ومتملكا فلا يصلح مستثنى ولو جعل منقطعا لم يصح تعليله بالضرورة فإن معنى الكلام أنه لا يصح المباشر مملكا ومتملكا شرعا إلا في الولي صح ذلك ضرورة لكنه منتف ولنا أن الوكيل في النكاح سفير ومعبر حتى لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل على ما نذكر ولاترجع حقوق العقد إليه حتى لا يطالب بالمهر وتسليم الزوجة بخلاف البيع لا يصح أن يكون الواحد فيه وكيلا من جهة البائع والمشتري فإنه فيه مباشر ترجع الحقوق إليه ويستغنى عن الإضافة والواحد يصلح أن يكون معبرا عن اثنين والتمانع إنما هو في الحقوق لا في نفس التلفظ فالذي يرجع إليه لا امتناع فيه والذي فيه الامتناع لا يرجع إليه وللانتقال لكونه معبرا بعبارة الغير يكون ذلك العقد قام أربعة الإثنين المعبر عنهما والشاهدين على ما هو في الأثر واعلم أنه يستثنى من مسئلة الوكيل بالبيع من الجانبين الأب فإنه لو باع مال ابنه من نفسه أو اشتراه ولو بغبن يسير صح ولا يخفى أن هذا على التشبيه وإلا فبيع الأب ليس بطريق الوكالة بل الولاية والأصالة ثم إذا تولى طرفيه قال المصنف فقوله زوجت فلانة من نفسي يتضمن الشطرين فلا يحتاج إلى القبول بعده وكذا ولي الصغيرين القاضي وغيره والوكيل من الجانبين يقول زوجت فلانة من فلان وقال شيخ الإسلام خواهرزاده هذا إذا ذكر لفظا هو أصيل فيه أما إذا ذكر لفظا هو نائب فيه فلا يكفي فإن قال تزوجت فلانة كفى وإن قال زوجتها من نفسي لا يكفي لأنه نائب فيه وعبارة الهداية وهي ما ذكرناه آنفا صريحة في نفي هذا الاشتراط وصرح بنفيه في التجنيس أيضا في علامة غريب الرواية والفتاوي الصغرى قال رجل زوج بنت أخيه من ابن اخيه فقال زوجت فلانة من فلان يكفي ولا يحتاج إلى أن يقول قبلت وكذا كل من يتولى **طرفي العقد** إذا أتى بأحد شطري الإيجاب يكفيه ولا يحتاج إلى الشطر الآخر لأن اللفظ الواحد يقع دليلا من الجانبين قوله فإن كل عقد كالبيع والإجارة ونحوهما صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الإجازة فإذا أجاز من له الإجازة ثبت حكمه مستندا إلى العقد فسر المجيز في النهاية بقابل

". (١)

"موضوع للحال ووقوعه في الاستقبال نوع تجوز اه وعلى هذا ينبغي أن يقبل قوله اذا ادعاه وكذبه الآخر لأنه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلو ادعى في قوله يعني أنه أراد معنى اشتريته بكذا ينبغي أن لا يصدقه القاضي مثال ذلك أن يقول أبيع منك هذا بكذا أو أعطيكه فقال اشتريته أو آخذه ونويا

(١) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ٣/٣٠٧

الايجاب للحال والحق أن المراد بالمستقبل الذي ينعقد به بنية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على أحد القولين وإلا فالمختار أنه موضوع للحال وأما الأمر فلا يوجد في شيء من الكتب التمثيل به لذلك مع أنه هو المستقبل في الحقيقة وذلك لأنه إنشاء وبينه وبين الأخبار كمال الانقطاع فلا يتجوز به فيه فلا يقال بعينه والمراد اشتريته فلا ينعقد به الا في قوله خذه بكذا فينعقد لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الأمر المضارع المقرون بالسيت نحو سأبيعك فلا يصح بيعا ولا يتجوز به في معنى بعتك في الحال فإن ذكر السين يناقض إرادة الحال واعلم أن كون الواحد لا يتولى **طرفي العقد** في البيع مخصوص منه الأب يشتري مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه والوصي عند أبي حنيفة اذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف في باب الوصية وقيده في نظم الزندويستي بما اذا لم يكن نصبه القاضي قوله وقوله رضيت هذا بدرهم فقال بعتكه وقال اشتريته بدرهم فقال رضيت أو قال بعتكه بكذا فقال فعلت أو أجزت أو أخذت كل هذه الألفاظ من قبل البائع أو المشتري يتم بها البيع لإفادتها إثبات المعنى والرضا به وكذا لفظة خذه بكذا ينعقد به اذا قبل بأن قال أخذته ونحوه لأنه وإن كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعني الأمر بالأخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي إلا أن استدعاه الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعتك عبدي هذا بألف فقال فهو حر عتق ويثبت اشتريت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بدا فاء لا يعتق وإنما صح بهذه ونحوها لأنها تؤدي معنى البيع والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ألا يرى إلى ما قالوا لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد بثوبك هذا فرضي فهو بيع بالإجماع قالوا إنما قال في هذه العقود احتراز عن الطلاق والعتاق فإن اللفظ فيهما يقام مقام المعنى وأنت تعلم أن إقامة اللفظ مقام المعنى أثر في ثبوت حكمه بلا نية ليس غير فإذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه إلا اذا أراده به وحينئذ فلا فرق بين بعت وأبيع في توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هزلا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل ثم تقييده بما اذا لم ينو به فإنه ينعقد به في الماضي وغيره بالنية ولا ينعقد بالماضي وغيره بلا نية ومن الصور

". (١)

(١) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ٦/٢٥١

"قال الشارح رحمه الله تعالى : وقد استدل بحديث عقبة من قال : إنه يجوز أن يتولى طرفي العقد واحد ، وهو مروي عن الأوزاعي وربيعة والثوري ومالك وأبي حنيفة وأكثر أصحابه والليث والهادوية وأبي ثور وحكي في البحر عن الناصر والشافعي وزفر أنه لا يجوز لقوله – صلى الله عليه وسلم – : « كل نكاح ولا يحضره أربعة » وقد تقدم . وقال الشافعي : يزوجه السلطان أو ولي آخر مثله أو أبعد منه وروى البخاري عن المغيرة تعليقا أنه خطب امرأة هو أولى الناس بها فأمر رجلا فزوجه .قال في المقنع : وإذا زوج عبده الصغير من أمته جاز أن يتولى طرفي العقد ، وكذلك ولي المرأة مثل ابن العم . والمولى والحاكم إذا أذنت له في نكاحها فله أن يتولى طرفي العقد ، وعنه لا يجوز حتى يوكل غيره في أحد الطرفين . انتهى . قلت : والأحوط أن يوكل غيره في ذلك . والله أعلم .باب ما جاء في نكاح المتعة وبيان نسخه٣٤٨٧- عن ابن مسعود قال : كنا نغزو مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ليس معنا نساء ، فقلنا : ألا نختصي ؟ فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا بعد أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل ، ثم قرأ عبد الله : يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم الآية . متفق عليه .." (١)

"نهى عنه رواه الترمذي وأبو داود والنسائي والدارمي وعن العداء بفتح العين وتشديد الدال الهملتين آخره همز صحابي قليل الحديث أسلم بعد حنين وهو من أعراب البصرة من بني ربيعة ابن خالد بن هوذة بفتح فسكون فذال معجمة أخرج كتابا أي مكتوبا هذا بدل ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله اشترى تفسير بعد إجمال منه أي من محمد عبدا أو أمة شك من بعض الرواة لاداء أي فيه من جنون وجذام وبرص ونحوها ولا غائلة كزنا وسرقة وشرب خمر ولا خبثة بكسر معجمة وسكون موحدة فمثلثة أي لا خباثة في أصله ينشأ عنها أفعال قبيحة وأخلاق شنيعة ككونه ابن زنا أو فاسقا أو مقامرا أو كذابا أو في ملكة ينشأ عنها شبه أو حرية في وضع اليد عليه ككونه مسببا ممن يشك في سببه أو ممن يتيقن في حرمته كالمسلمين والمعاهدين ذكره ابن حجر رحمه الله قال الطيبي رحمه الله المراد بالداء العيبي الموجب للخيار وبالغائلة ما فيه اغتيال مال المشتري مثل أن يكون العبد سارقا أو آبقا وبالخبثة أن يكون خبيث الأصل لا يطيب للملاك أو محرما كالمسبي من أولاد المعاهدين ممن لا يجوز سبيهم فعبر عن الحرمة بالخبث كما عبر عن الحل بالطيب بيع المسلم المسلم نصب على المصدر أي إنما باعه بيع المسلم من المسلم أضاف إلى الفاعل ونصب به المفعول ذكره الطيبي وفي نسخة برفع بيع على أنه خبر مبتدأ محذوف هو أو هذا أو عكسه قال التوربشتي ليس في ذلك ما يدل على أن المسلم إذا بايع المسلم

---

(١) بستان الأحبار شرح منتقى الأخبار (من دروس قناة المجد)، المؤلف غير معروف ٣٥٣/١

يرى له من النصح أكثر مما يرى لغيره بل أارد بذلك بيان حال المسلمين إذا تعاقدا فإن من حق الدين وواجب النصيحة أن يصدق كل واحد منهما صاحبه ويبين له ما خفى عليه ويكون التقدير باعه بيع المسلم المسلم واشتراه شراء المسلم المسلم فاكتفى بذكر أحد طرفي العقد عن الآخر ا ه وحاصله أنه يريد بيعا مشتملا لجميع شرائط البيع كبيع المسلم المسلم في شرائطه إشارة بذلك إلى رعاية حقوق الإسلام في هذا البيع من الطرفين وليس." (١)

" السلطان وقال آخرون للأقرب الرد والإجازة إلا أن يطول وبذلك قال اللخمي قال عبد الملك للأقرب النظر ما لم يبن ومنشأ الخلاف هل تقدمه الأقرب من باب الأولى أو متعين كقيامة بالدم ولا خلاف أن النكاح صحيح وإنما الخلاف في تعلق الحق وهل يسقط ذلك الحق بمعارضة اطلاع الزوج على عورتها أم لا وإن كانت لا قدر لها مضى العقد قولا واحدا وفي الكتاب إذا زوج الأخ بغير إذن الأب لم يجز وإن أجازه قال اللخمي وروي عنه إجازته مطلقا وهو مرغوب عنه لتمكن ولاية الأب (فرع) في الكتاب إذا أعتق أم ولده وزوجها من نفسه جاز وإن كره ولدها البحث الخامس في تولي طرفي العقد وفي الجواهر ابن العم والمعتق ووكيل المولى والحاكم يعقد لنفسه بإذنها ويتحد الزوج والولي كالبائع والمشتري في اشتراء الأب مال ولده والوكيل مال موكله وقال ح قال أبو الطاهر وقيل لا يجوز وقاله ش وابن حنبل لأن الإيجاب والقبول مخاطبة بالقول ويتعذر مخاطبة الإنسان لنفسه والفرق بينه وبين البيع تعذر مراجعة الولي للإمام في المحقرات والجواب عن الأول أن هذا على أصلكم في اشتراط أعيان الصيغ ونحن نكتفي بكل صيغة تدل على الرضا بدوام الإباحة ولا تشترط مخاطبة من الجانبين

". (٢)

" صفقة الخيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله فلو كان خيار المجلس مشروعا لم يحتج الإقالة الرابع المعارضة لنهيه عليه السلام عن بيبع الغرر وهذا من الغرر لأن كل واحد منهما لا يدري ما يحصل له هل الثمن أم المثمن الخامس قوله تعالى ! (أوفوا بالعقود) ! والأمر للوجوب المنافي للخيار السادس لو صح خيار المجلس لتعذر تولي طرفي العقد كشراء الأب لإبنه الصغير والوصي والحاكم لاكن ذلك مجتمع عليه عليه فيلزم ترك العمل بالدليل على قولنا لا يلزم وكذالك يلزم فيما يسرع إليه الفساد من

(١) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، المؤلف غير معروف ٩/٣٣٩

(٢) الذخيرة، المؤلف غير معروف ٤/٢٤٩

الأطعمة كالهرايس والكناسل السابع خيار مجهول العاقبة فيبطل الخيار الشرط الثامن عقد وقع الرضا به فبطل خيار المجلس فيه كما بعد الإمضاء التاسع قال أبو يوسف يحمل على ما إذا قال المشتري بعني فقال له البائع بعتك له الخيار ما دام في المجلس وهذه صورة تفرد بها الحنفية فلا بد أن يقول عندهم اشتريت وإن كان استدعاء للبيع وحملوا عليه قوله عليه السلام في البخاري أو يقول أحدهما للآخر اختر أي اختر الرجوع على الإيجاب او الاسترعاء ونحن نحمله على اختيار شرط الخيار فيكون معنى الحديث المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا فلا خيار أو يقول أحدهما لصاحبه اختر فلا تنفع الفرقة ولذلك لم يروا إلا بيع الخيار مع هذه الزيادة

---

(١) ".

" (الباب الثاني في أحكامها) وفي الجواهر : حكمها صحة ما وافق من التصرفات وفساد ما خالف اللفظ أو العادة مما يعود بنقص وأما يعود بزيادة فقولان بناهما أبو الطاهر على شرط ما لا يفيد هل يلزم الوفاء به أو لا وله البيع والشراء من أقاربه إذا لم يجاب ولا يبيع من نفسه لخروجه عن اللفظ عادة وكذلك ولده أو يتيمه وقيل له ذلك وحيث قلنا له ذلك بمطلق الإذن أو أذن له فيه فإنه يتولى طرفي العقد إذا باع أو اشترى من نفسه أو ولده الصغير أو يتيمه كما يتولى ابن العم طرفي عقد النكاح وتولى من عليه الدين استيفاءه من نفسه بالوكالة وكذلك الوكيل من الجانبين في عقد النكاح والبيع ومهما علم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل للموكل لا إلى الوكيل (فرع) في الجواهر : لا يسلم المبيع قبل توفيه الثمن فإن سلم ولم يشهد فجحد الثمن ضمنه لتغريره ويملك المطالبة بالثمن والقبض لأن من توابع البيع ويقاص الوكيل والشركاء ويملك قبض المبيع وأما مطالبتهما بالثمن فإن لم يبين أنه وكيل طولب بتسليم الثمن أو المثمن وكانت العهدة عليه وإن بين أنه وكيل وتبرأ من الثمن أن المثمن لم يكن له أداء ولا عهدة وإن صرح بالألتزام لزمه ما صرح بالتزامه وثمن ' ما ' لم يصرح بأحد الأمرين فإن كان العقد على شراء بنقد أو بيع به فالمنصوص في المذهب مطالبته بالثمن والمثمون وفي النوادر : عن مالك

---

(٢) ".

---

(١) الذخيرة، المؤلف غير معروف ٥/٢٢

(٢) الذخيرة، المؤلف غير معروف ٨/١٠

" اخذ المال الورثة فلا يكثر مال الميت الميت به قال بعضهم فيما إذا كاتب في الصحة وأقر في المرض بقبض الكتابة والثلث يحمله إنما يصح إذا كان الثلث لم يؤمر فيه بشيء وإلا فمراده تنفيذ وصاياه ويخرج العبد من رأس ماله فهو كالقائل أعتقت عبدي في صحتي فلا يعتق وقيل سواء أوصى ام لا يجوز إقراره إذا كانت وصاياه يقدم عليها هذا العبد قال اللخمي إن كانت كتابة المريض بمثل الخراج فهي من ناحية العتق لأنه وإن لم يحابه لا يقدر على اكثر من ذلك وله اخذ ذلك من غير كتابة وأكثر من الخراج بالأمر البين فهي مبايعة وينظر هل فيها محاباة ام لا على المجنون او لأنه أحد **طرفي العقد** فلا يصح من الصبي كالطرف الآخر والجواب عن الأول أن أدلة الكتابة خاصة وآية البيع عامة فيقدم الخاص وعن الثاني أن المسألة مبنية على إجبار العبد فتكون المكاتبة كالمعاقبة لا تفتقر إلى تكرر ألفعل من عاقبة اللص وطارقة ألفعل مع أن تكرر ألفعل أن يفعل كل واحد مثل فعل الآخر وهذا منفي إجماعا وإلا لزم أن كل واحد منهما يوجب ويقبل ويستحق العرض وهذا محال وعن الثالث أن كتابة المجنون عندنا جائزة على كراهة قاله ابن القصار تخريجا على رواية الجر وقد يتصدق عليه بالأداء وفي الجواهر إذا فرعنا على قول أشهب في منع كتابة الصغير فعنه حده عشر سنين لأنه حد الضرب على الصلاة والتفريق في القوة على العمل ولم يكره ش كتابة الأمة غير المكتسبة لنا ما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال لا تكلفوا الأمة الكسب فإنها تكسب بفرجها وروي مرفوعا

". (١)

"ويمتنع أن يقبضه لنفسه أيضا في دين له على موكله ولو بإذنه لانه في كلا وجهي بيعه لنفسه وقبضه في دينه ح يقبض من نفسه لنفسه وليس ممن يتولى الطرفين فقبضه كلا قبض فهذه أربع صور ثنتان في وكيل البيع وثنتان في وكيل الشراء (إلا) أن يكون القابض من نفسه ممن يتولى **طرفي العقد** (كوصي ليتيميه) ووالد لولديه الصغيرين وسيد لعبديه فيجوز بيع طعام أحدهما للآخر ثم بيعه عليه لاجنبي قبل قبضه لمن اشتراه له فتأمله ثم صرح بمفهوم وأخذ بكيل بقوله: (وجاز بالعقد) أي بمجرده من غير قبض (جزاف) أي بيع طعام اشتراه جزافا قبل قبضه وصرح بمفهوم المعاوضةبقوله: (وكصدقة) وهبة لغير ثواب بطعام ولو من بيت المال لشخص فيجوز بيعه قبل قبضه من المتصدق أو من بيت المال (و) جاز للسيد (بيع ما) أي طعام (على مكاتب) كاتبه به (منه) أي من المكاتب أي له قبل قبضه منه بعين أو عرض لانه يغتفر بين

(١) الذخيرة، المؤلف غير معروف ١١/٢٧٠

السيد وعبده ما لا يغتفر بين غيرهما (وهل) محل الجواز (إن عجل العتق) للمكاتب بأن يبيعه جميع ما عليه من النجوم أو بعضها ويعجل العتق على بقاء الباقي في ذمته." (١)

"رسالة في إقباضهما وقال أشهب ليس بأمين فإن ادعى ضياعهما فعلى المشهور يضمن واحدا بالثمن لا غير وقال أشهب يضمنهما أحدهما بالثمن وبالأقل والآخر بالقيمة فإن ادعى ضياع احدهما فعلى المشهور---جامع الأمهات ج:١ ص:٣٦٣يضمن نصف ثمن التالف وله أن يختار كل الباقي وقال محمد لا يختار إلا نصفه وعلى قول أشهب إن أخذ الباقي فبالثمن والتالف بالقيمة وإن رده فعليه التالف بالأقل من القيمة والثمن على أصله وإن اشتراهما والخيار له فيهما أو في أحدهما فكلاهما مبيع وإن جني البائع والخيار له عمدا فرد وقال أشهب كالخطأ فإن تلفت ضمن الأكثر فإن جني خطأ فله أخذه ناقصا أو رده فإن تلف انفسخ فإن جني المشتري والخيار له عمدا فالقولان في أنه رضي فإن تلفت ضمن الثمن فإن جني خطأ فله رده وما نقص فإن تلف ضمن الثمن كله وقال سحنون القيمة فإن جني المشتري والخيار للبائع عمدا أو خطأ فله أخذ الجناية أو الثمن فإن تلفت ضمن الأكثر فإن جني أجنبي فالأرش للبائع وقيل إن أمضي البيع فللمشتري وبيع المشتري قبل القبض جائز إلا في الطعام مطلقا بشرط كونه معاوضة فيهما فيه حق توفية من كيل أو شهبه بخلاف القرض والهبة والصدقة وكذلك الجزاف على الأصح فمن ابتاع طعاما جاز له إقراضه أو وفاؤه عن قرض ومن اقترضه جاز له بيعه وليس لمن صار إليه منهما بيعه قبل قبضه وقيل ممتنع في الربوي خاصة وقيل فيما فيه حق توفية مطلقا ولا يقبض من نفسه لنفسه إلا من يتولى طرفي العقد كالأب في ولديه والوصي في يتيميه وأرخص في الإقالة والتولية والشركة وقيل دون الشركة فينزل الثاني منزلة المشتري بشرط استواء العقدين في المقدار والأجل وغيرهما سلما كان أو غيره فإن لم يستويا فبيع كغيره وإذا أقلت من السم تعجل الثمنوالبيع مرابحة جائز فلو قال بربح العشرة أحد عشر فزيادة عشر---جامع الأمهات ج:١ ص:٣٦٤الأصل وبوضعية العشرة أحد عشر فنقص جزء من أحد عشر من الأصل على الأصح." (٢)

"أنا أتم في الكثير ففي إمضائه قولان ولو قال بع نسيئة بكذا فباع نقدا به وعكسه في الشراء فقولان وحج أبو محمد فيها ابن اللباد بأن المبتاع لو عجل الثمن للوكيل لزمه قبوله واشتر بعينها فاشترى في الذمة ونقدها أو بالعكس صح وفي بع بالدنانير فباع بالدراهم أو بالعكس قولان بناء على أنهما في الغرض سواء

---

(١) الشرح الكبير للشيخ الدردير، المؤلف غير معروف ٣/١٥٣

(٢) جامع الأمهات لابن الحاجب، المؤلف غير معروف ص/٢٥١

أو لا واشتر شاة بدينار فاشترى به شاتين ثالثها إن كان قادرا على الإفراد لم يلزم وبع إلى أجل يقيده العرف واشتر لي عبدا فاشترى ما لا يليق به ففي خياره قولان لابن القاسم وأشهب وكذلك المخصص بالعرف ولا يبيع بعرض ولا بنسيئة وبغبن فاحش إلا بإذن ولا يبيع من نفسه ولا من ولده لا يتيمه ولا يشتري وقيل له ذلك ويتولى حينئذ **طرفي العقد** كالوكيل من كلا الجانبين في البيع والنكاح ولو اشترى من يعتق عليه عالما ولم يعينه الموكل لم يعتق على الموكل وفي عتقه على الوكيل قولان وعلى عتقه إن كان معسرا بيع أو بعضه وعتق ما فضل والولاء للموكلالعاقدان ومن جاز أن يتصرف لنفسه جاز أن يوكل إلا لمانع ففيها لا يوكل الذمي على مسلم أو بيع أو شراء أو يضع معه وكرهه ولو كان عبدا ولا يوكل عدو على عدوه ويملك الوكيل المطالبة بالثمن وقبضه وقبض المبيع والرد بالعيب وقال أشهب الرد للموكل فإن علم بالعيب كان له ولا رد إلا في اليسير وشراؤه نظر فلو عينه الموكل فلا رد للوكيل وقال أشهب له الرد ويطالب بالثمن والمثمن ما لم يصرح بالبراءة والعهدة عليه ما لم يصرح بالوكالة أو تعلم فيطالب موكله بما يلزمه ولو تلف الثمن في يده رجع على موكله ولو سلم المبيع ولم يشهد فجحد المشتري الثمن ضمن ولو أقبض الدين فكذلك وقيل إلا أن تكون العادة الترك ولو قال قبضت الثمن وتلف برىء ولم يبرأ الغريم إلا ببينة إلا في الوكيل المفوض ولو أنكر---جامع الأمهات ج:١ ص:٣٩٨الوكيل قبض الثمن فقامت البينة فقال تلف أو رددته لم يسمع ولا بينته لأنه أكذبها وكذلك من عليه دين مثله." (١)

"ولا بصاف لقاعدة مد عجوة

فإن قيل هلا جاز كبيع التمر بعضه ببعض وفيه النوى أجيب بأن النوى في التمر غير مقصود بخلاف الشمع في العسل فكان اجتماعهما يؤدي إلى الجهالة

(وإذا جمعت الصفقة) أي البيعة سميت بذلك لأن أحد المتبايعين يصفق يده على يد الآخر في عادة العرب جنسا (ربويا من الجانبين) وليس تابعا بالإضافة إلى القصور (واختلف الجنس) أي جنس المبيع (منهما) جميعهما بأن اشتمل أحدهما على جنسين ربويين اشتمل الآخر عليهما (كمد عجوة ودرهم بمد) من عجوة (ودرهم) (و) كذا لو اشتمل على أحدهما فقط (كمد ودرهم بمدين أو درهمين) أو اشتملا جميعهما على جنس ربوي وانضم إليه غير ربوي فيهما كدرهم وثوب بدرهم وثوب أو في أحدهما كدرهم وثوب بدرهم (أو) اختلف (النوع) أي نوع المبيع والمراد به ما يعم الوصف بأن اختلف النوع الحقيقي من الجانبين جميعهما بأن اشتمل أحدهما من جنس ربوي على نوعين اشتمل الآخر عليهما

---

(١) جامع الأمهات لابن الحاجب، المؤلف غير معروف ص/٢٧٩

كمد تمر صيحاني ومد برني بمد تمر صيحاني ومد برني أو على أحدهما كمد صيحاني ومد برني بمدين صيحاني أو برني

أو اختلف الوصف من الجانبين جميعهما بأن اشتمل أحدهما من جنس ربوي على وصفين اشتمل الآخر عليهما (كصحاح ومكسرة) تنقص قيمتها عن قيمة الصحاح (بهما) أي بصحاح ومكسرة أو جيدة ورديئة بجيدة ورديئة (أو بأحدهما) أي بصحاح فقط أو بمكسرة فقط أو بجيدة فقط أو رديئة فقط (فباطلة) هذه المسألة هي القاعدة المعروفة بقاعدة مد عجوة

والأصل فيها خبر مسلم عن فضالة بن عبيد قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها خرز وذهب تباع بتسعة دنانير فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال الذهب بالذهب وزنا بوزن وفي رواية لا تباع حتى تفصل

واستدل على القاعدة من جهة المعنى بأن قضية اشتمال أحد **طرفي العقد** على مالين مختلفين توزيع ما في الآخر عليهما اعتبارا بالقيمة كما في بيع شقص مشفوع وسيف بألف وقيمة الشقص مائة والسيف خمسون فإن الشفيع يأخذ الشقص بثلثين والتوزيع هنا يؤدي إلى المفاضلة أو الجهل بالمماثلة لأنه إذا باع مدا ودرهما بمدين إن كانت قيمة المد الذي مع الدرهم أكثر أو أقل منه لزمته المفاضلة أو مثله فالمماثلة مجهولة فلو كانت قيمته درهمين فالمد ثلثا طرفه فيقابله ثلثا المدين أو نصف درهم فالمد ثلث طرفه فيقابله ثلث المدين فنلزم المفاضلة أو مثله فالمماثلة مجهولة لأنها تعتمد التقويم وهو تخمين قد يخطىء

فإن قيل يشكل على هذا ما قالوه في الصلح من أنه لو كان له على غيره ألف درهم وخمسون دينارا ذهبا فصالحه من ذلك على ألفي درهم جاز

أجيب بأن الكلام هنا في بيع العين بخلاف ما في الصلح وتعدد العقد هنا بتعدد البائع أو المشتري كاتحاده بخلاف تعدده بتفصيل العقد بأن جعل في بيع مد ودرهم بمثلهما المد في مقابلة المد أو الدرهم والدرهم في مقابلة الدرهم أو المد

وخرج بقولي جنسا ما لو لم يشتمل أحد جانبي العقد على شيء مما اشتمل عليه الآخر كبيع دينار ودرهم بصاع بر وصاع شعير أو بصاعي بر أو شعير وبيع دينار صحيح وآخر مكسر بصاع تمر برني وصاع معقلي أو بصاعين برني أو معقلي فإنه يجوز

وقوله ربويا من الجانبين أي ولو كان الربوي ضمنا من جانب واحد كبيع سمسم بدهنه فيبطل لوجود الدهن في جانب حقيقة وفي الآخر ضمنا بخلاف ما لو كان ضمنا من الجانبين كبيع سمسم بسمسم فيصح وبليس تابعا بالإضافة إلى المقصود ما إذا كان تابعا كبيع حنطة بشعير وفيهما أو في أحدهما حبات من الآخر يسيرة بحيث لا يقصد تمييزها لتستعمل وحدها فإنه يصح وكذا لو باع صاع بر جيد ورديء مختلطا بمثله فإنه يصح ويصح بيعه بجيد أو رديء إذ المتوزع شرطه التمييز

وظاهر كلامهم أنه يصح وإن كثرت حبات الآخر وهو كذلك وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين

والفرق بين الجنس والنوع أن الحبات إذا كثرت في الجنس لم تتحقق المماثلة بخلاف النوع

وكبيع دار فيها بئر ماء عذب بمثلها فإنه يصح لأن الماء وإن اعتبر علم العاقدين به تابع بالإضافة إلى مقصود الدار لعدم توجه القصد إليه غالبا ولا ينافي كونه تابعا بالإضافة كونه مقصودا في نفسه حتى يشترط التعرض له في البيع ليدخل

والحاصل أنه من حيث أنه تابع بالإضافة اغتفر من جهة الربا ومن حيث أنه مقصود في نفسه اعتبر التعرض له في البيع ليدخل فيه

". (١)

" فرع لو قالت امرأة مشيرة إلى شخص

هذا زوجي فسكت فماتت ورثها ولو مات هو لم ترثه

وإن قال هو هذه زوجتي فسكتت فمات ورثته وإن ماتت لم يرثها على النص

واعلم أن أسباب الولاية أربعة

السبب الأول الأبوة وقد شرع فيه فقال (وللأب) ولاية الإجبار وهي (تزويج) ابنته (البكر صغيرة أو كبيرة) عاقلة أو مجنونة إن لم يكن بينه وبينها عداوة ظاهرة (بغير إذنها) لخبر الدارقطني الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يزوجها أبوها ورواية مسلم والبكر يستأمرها أبوها حملت على الندب ولأنها لم تمارس الرجال بالوطء فهي شديدة الحياء

---

(١) مغني المحتاج، المؤلف غير معروف ٢٨/٢

أما إذا كان بينه وبينها عداوة ظاهرة فليس له تزويجها إلا بإذنها بخلاف غير الظاهرة لأن الولي يحتاط لموليته لخوف العار وغيره وعليه يحمل إطلاق الماوردي والروياني الجواز

تنبيه لتزويج الأب بغير إذنها شروط الأول أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة كما مر والثاني أن يزوجها من كفء

الثالث أن يزوجها بمهر مثلها

الرابع أن يكون من نقد البلد الخامس أن لا يكون الزوج معسرا بالمهر السادس أن لا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى وشيخ هرم

السابع أن لا يكون قد وجب عليها الحج فإن الزوج قد يمنعها لكون الحج على التراخي ولها غرض في تعجيل براءة ذمتها قاله ابن العماد

وهل هذه الشروط المذكورة شروط لصحة النكاح بغير الإذن أو لجواز الإقدام فقط فيه ما هو معتبر لهذا وما هو معتبر لذاك فالمعتبر للصحة بغير الإذن أن لا يكون بينها وبين وليها عداوة ظاهرة وأن يكون الزوج كفؤا وأن يكون موسرا بحال الصداق وليس هذا مفرعا على اعتبار كون اليسار معتبرا في الكفاءة كما هو رأي مرجوح كما قاله الزركشي بل لأنه بخسها حقها وما عدا ذلك شروط لجواز الإقدام قال الولي العراقي وينبغي أن يعتبر في الإجبار أيضا انتفاء العداوة بينها وبين الزوج اه

وإنما لم يعتبر ظهور العداوة هنا كما اعتبر ثم لظهور الفرق بين الزوج والولي المجبر بل قد يقال كما قال شيخنا إنه لا حاجة إلى ما قاله لأن انتفاء العداوة بينها وبين الولي يقتضي أن لا يزوجها إلا ممن يحصل لها منه حظ ومصلحة لشفقته عليها أو مجرد كراهتها له من غير ضرر فلا تؤثر لكن يكره لوليها أن يزوجها منه كما نص عليه في الأم

(ويستحب استئذانها) أي البكر إذا كانت مكلفة لحديث مسلم السابق وتطييبا لخاطرها أما غير المكلفة فلا إذن لها ويسن استفهام المراهقة وأن لا يزوج الصغيرة حتى تبلغ

والمستحب في الاستئذان أن يرسل إليها نسوة ثقات ينظرن ما في نفسها والأم بذلك أولى لأنها تطلع على ما لا يطلع عليه غيرها

(وليس له تزويج ثيب) بالغة وإن عادت بكارتها كما صرح به أبو خلف الطبري في شرح المفتاح (إلا بإذنها) لخبر الدارقطني السابق وخبر لا تنكحوا الأيامى حتى تستأمروهن رواه الترمذي وقال حسن صحيح ولأنها عرفت مقصود النكاح فلا تجبر بخلاف البكر

(فإن كانت) تلك الثيب (صغيرة) غير مجنونة وغير أمة (لم تزوج) سواء احتملت الوطء أم لا (حتى تبلغ) لأن إذن الصغيرة غير معتبر فامتنع تزويجها إلى البلوغ أما المجنونة فيزوجها الأب والجد عند عدمه قبل بلوغها للمصلحة كما أو عدم أهليته فيما ذكر لأن له ولاية وعصوبة كالأب ويزيد الجد عليه في صورة واحدة وهي تولي **طرفي العقد** كما سيأتي بخلاف الأب ووكيل الأب والجد كالأب والجد لكن وكيل الجد يتولى الطرفين كما سيأتي

(وسواء) في حصول الثيوبة واعتبار إذنها (زالت البكارة بوطء) في قبلها (حلال) كالنكاح (أو حرام) كالزنا أو بوطء لا يوصف بهما كشبهة كما شمله عبارة المحرر بقوله بالوطء الحلال أو غيره لأن وطء الشبهة لا يوصف بحل ولا بحرمة ولا فرق في ذلك بين أن يكون في نوم أو يقظة

(ولا أثر لزوالها بلا وطء) في القبل (كسقطة) وحدة طمث وطول تعنيس وهو الكبر

---

(١) ".

"الزوجية وفصلا القدر المحتاج إليه لزمها الحلف الجازم لكل منهما بأن تحلف أنها ليست زوجته ولا يكفيها الحلف على نفي العلم السابق ويجوز لها ذلك إن لم تعلم سبقه وعدم العلم يجوز لها الحلف الجازم

ثم شرع في تولي طرفي عقد النكاح الذي ينفرد به الجد عن الأب فقال (ولو تولى) جد (طرفي عقد في تزويج بنت ابنه بابن ابنه الآخر صح في الأصح) لقوة ولايته كالبيع

والثاني لا يصح لأن خطاب الإنسان مع نفسه لا ينتظم ولخبر كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح رواه البيهقي والدارقطني

تنبيه للمسألة كما قال المصنف في نكت التنبيه شروط الأول أن لا يكون أبو الولد من أهل الولاية وأن يكون ابن الابن محجورا عليه وأن تكون بنت الابن بكرا أو مجنونة فاستفيد من الشرط الثالث أن يكون الجد مجبرا وبه صرح الماوردي وغيره من العراقيين فلا يجوز في بنت ابنه الثيب البالغة العاقلة وهو وارد على إطلاق المصنف

ولا بد من إيجاب وقبول كالبيع وأولى وقيل يكفي الإيجاب وشرط صاحب الاستقصاء وابن معين في التنقيب أن يقول وقبلت بالواو نكاحها

---

(١) مغني المحتاج، المؤلف غير معروف ١٤٩/٣

فلو تركها لم يصح

قال الزركشي وينبغي طرده في البيع ونحوه اه

وهذا كما قال شيخي رأي مرجوح

فروع من لا ولي لها إلا الحاكم إذا زوجها لمجنون ونصب من يقبل ويزوجها منه وبالعكس فإنه يصح نبه على ذلك الزركشي

وفي البحر لو أراد الحاكم تزويج مجنونة بمجنون لا نص فيه والقياس أنه لا يتولى الطرفين ولا يحتمل على المذهب غيره وللعم تزويج بنت أخيه بابنه البالغ ولابن العم تزويج بنت عمه بابنه البالغ على المذهب فيهما لأنه لم يوجد تولي الطرفين فإن زوجها أحدهما بأبيه الطفل لم يصح لأنه نكاح لم يحضره أربعة وليس له قوة الجدودة وعليه قال البلقيني الأقرب أنه لا يتعين الصبر إلى بلوغ الصبي فيقبل بل يقبل له أبوه والحاكم بزوجها منه كالولي إذا أراد أن يتزوج موليته

ولو تولى الطرفين في تزويج عبده بأمته إن قيل له إجباره صح وإلا فلا والأصح ليس له ذلك

(ولا يزوج ابن العم) ونحوه كمعتق وعصبته (نفسه) وحينئذ فلا يتولى **طرفي العقد** (بل يزوجه ابن عم) له شقيق أو لأب (في درجته) بأن كان مساويا له فيها فإذا كان ابن العم شقيقا وله ابنا عم أحدهما شقيق والآخر لأب زوجها منه الأول

هذا إن وجد (فإن فقد) من في درجته حسا أو حكما كأن كان ابن عم شقيقا ومعه آخر لأب (فالقاضي) أي قاضي بلدها لا قاضي بلده يزوجه في الأصح بالولاية العامة ولا تنتقل الولاية للأبعد ولو قالت لابن عمها أو لمعتقها زوجني من نفسك زوجه القاضي بهذا الإذن كما صوبه في الروضة خلافا لما صوبه البلقيني لا إن قالت زوجني من شئت أو زوجني

(فلو أراد القاضي نكاح من لا ولي لها) مختص بها لنفسه أو لموليه بقبوله له (زوجه من فوقه) كالسلطان أو من هو مثله (من الولاة) في بلده أو غيرها إن كانت الزوجة في عمل ذلك القاضي (أو خليفته) لأن حكمه نافذ عليه

وفيه وجه نقل عن ابن يحيى البلخي القاضي أنه يتولاه بنفسه وفعله حين كان قاضيا بدمشق قال السبكي وهو من غرائبه

ويجري الخلاف في تزويج القاضي الإمام الأعظم ومحجوره فيزوجها منه القاضي بالولاية كما يزوج خليفة القاضي من القاضي (وكما لا يجوز لواحد) غير الجد (تولي الطرفين لا يجوز أن يوكل وكيلا في

أحدهما) ويتولى الطرف الآخر (أو وكيلين فيهما) أي واحد في الإيجاب وآخر في القبول فيتولاه لم يجز (في الأصح) لأن فعل وكيله كفعله بخلاف تزويج خليفة القاضي له لأن تصرفه بالولاية

والثاني يجوز لانعقاده بأربعة

" (١).

" بهما أي بصحاح ومكسرة أو بأحدهما أي بصحاح فقط أو بمكسرة فقط وقيمة المكسرة دون قيمة الصحاح في الكل كما هو الغالب لأن التوزيع الآتي إنما يتأتى حينئذ وما ذكره الطبري من أن من ذلك بيع ذهب بذهب وأحدهما خشن أو أسود غير صحيح إذ السواد والخشونة ليس عينا أخرى مضمومة لذلك الطرف بل هو عيب في العوض ومعلوم أن مراد الطبري أن أحد الطرفين اشتمل على عينين من الذهب إحداهما الخشنة أو سوداء وكذا لو بانت إحداهما مختلطة بنحو نحاس فباطلة ولا يجيء هنا تفريق الصفقة والقائل بتفريقها غالط إذ شرط الصحة علم التساوي حال العقد فيما يستقر عليه وذلك مفقود هنا فهو من القاعدة ولأن الفساد للهيئة الاجتماعية كالعقد على خمس نسوة معا لخبر فضالة بن عبيد قال أتي رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر بقلادة فيها خرز معلق بذهب ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة فقال صلى الله عليه وسلم لا حتى يميز بينه وبينها قال فضالة فرده حتى ميز بينهما رواه أبو داود ولأن قضية اشتمال أحد **طرفي العقد** على مالين مختلفين أن يوزع ما في الطرف الآخر عليهما باعتبار القيمة والتوزيع فيما نحن فيه يؤدي إلى المفاضلة أو عدم تحقق المماثلة ففي بيع مد ودرهم بمد ودرهم إن اختلفت قيمة المد من الطرفين كدرهمين ودرهم فحد الدرهمين ثلثا طرفه فيقابله ثلثا مد وثلثا درهم من الطرف الآخر

" (٢).

" – يباح النظر لإرادة النكاح (٢) وخطبة جماعة امرأة فإذا ركنت إلى أحدهم لم يجز لغيره إلا أن يرغب الأول عنها والصحيح أنه لايفسخ ولكن يتحلل منه فإن أبى عليه استغفر الله وينعقد بكل لفظ يدل على تأييد ملك منافع البضع والاستيجاب ويكفي القابل قبلت والولي شرط (٣) وهو المسلم الذكر الحر

---

(١) مغني المحتاج، المؤلف غير معروف ١٦٣/٣

(٢) نهاية المحتاج، المؤلف غير معروف ٤٤٢/٣

المكلف الرشيد واختلف في العدالة والأشهر أنها شرط كمال وهي قسمان : نسب وهم العصبات فيقدم أقواهم تعصيبا وللأب إجبار البكر وإن بلغت والثيب الصغيرة وفي العانس قولان ولا تمنعه الثيوبة بسقطة أو زنا كرجوع البكر قبل المسيس وغيره بالإذن في البالغة العاقلة فإذن البكر صماتها والثيب نطق والصحيح بطلان العقد على اليتيمة الصغيرة إلا أن يخاف عليها فإن عقد أحدهم أرشدهم فإن استووا فأحسنهم فإن استووا عقدوا جميعا فإن عقد أحدهم مضى كعقد الأبعد فإن تنازعوا فالسلطان فإن عضل بعضهم عقد غيره كغيبة الأحق ولو أذنت لوليين فزوجها كل جاهلا بعقد الآخر فإن ظهر عليه قبل البناء وجهل السابق فسخا وإن علم ثبت فإن دخل الثاني جاهلا فاتت الأول

الثاني سبب فوصي الأب مقدم في البكر وفي الثيب أسوتهم وذو الولاء عند عدم عصبة النسب والموالاة تستخلف ثم الحاكم ثم العامة وهي ولاية الدين فإن عقد مع وجود المجبر فباطل ومع غيره يمضي الدنية وفي غيرها للأخص الخيار وللولي فيما يباح له تولي **طرفي العقد** بإذنها ورضاها ومعين المرأة كفؤا أولى من معين الولي والكفاءة الدين فالمنصوص أن المولى والعبد كفؤا للحرة العربية وهو حق للمرأة والولي فيجوز اتفاقهما على تركها لا ولاء لمسلم على كافرة إلا للسيد في أرقائه فله إجبارهم ولا يجبر هو فإن تزوج العبد بغير إذن سيده فله إجازته لا الأمة ثم ليس له منعه الرجعة ولا إجباره على الفرقة ولا يفسخ بيعه

---

(١) النكاح لغة الضم والجمع ومن ذلك قولهم تناكحت الأشجار إذا انضم بعضها إلى بعض وشرعا (غقد لحل تمتع بأنثى غير محرم مجوسية وغير أمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلا) والأصل فيه الندب لقوله صلى الله عليه و سلم (تناكحوا تناسلوا فاني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة) ولقوله صلى الله عليه و سلم (من استطاع الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يسنطع فعليه بالصوم فانه له وجاء) وغير ذلك من الآيات والأحاديث الواردة في الترغيب في النكاح وقد يجب إذا خشي المسلم على نفسه الزنا ولو أدى الزواج إلى إنفاق الزوج على زوجته من حرام أو أدى إلى عدم الانفاق عليها ارتكابا لأخف الضررين وقد يحرم إذا لم يخش المتزوج الزنا وأدى الزواج إلى الانفاق من حرام أو إضرار بالزوجة أو ترك واجب

(٢) لحديث المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة فقال النبي صلى الله عليه و سلم " انظر إليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما " متفق عليه

ومعنى أن يؤدم تحصل الموافقة والملاءمة بينكما وعن أبي حميدة قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر منها إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة وإن كانت لاتعلم " رواه أحمد فقول خليل ونظر وجهها وكفيها فقط بعلم مخالف للحديث

(٣) جعل المؤلف الولي شرطا وجعله غيره ركنا والصحيح أنه ركن لأن النكاح عقد والعقد يكون بين اثنين أحدهما الزوج أو وكيله والثاني ولي الزوجة فالولي داخل في حقيقة النكاح وماهيته وهذه صفة الركن والصحيح أن المهر شرط لصحة النكاح وإن لم يذكر في العقد بدليل صحة نكاح التفويض وهو نكاح الذي لا يسمى فيه حال العقد صداق فالممنوع اشتراط عدم المهر فاذا شرط عدمه فلا يصح النكاح وغذا لم يذكر حال العقد وجب ذكره عند الدخول فاذا لم يذكر وجب مهر المثل ." (١)

" – حديث عقبة بن عامر سكت عنه أبو داود والمنذري وفي إسناده عبد العزيز بن يحيى صدوق يهم . وأثر عبد الرحمن ذكره البخاري معلقا ووصله ابن سعد من طريق ابن أبي ذئب عن سعد بن خالج ان أم حكيم ينت قارظ قالت لعبد الرحمن ابن عوف أنه قد خطبني غير واحد فزوجني أيهم رأيت قال وتجعلين ذلك إلي فقالت نعم قال قد تزوجتك قال ابن أبي ذئب فجاز نكاحه . وقد ذكر ابن سعد أم حكيم المذكورة في النساء اللواتي لم يدركن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وروين عن أزواجه وهي بنت قارظ بن خالد بن عبيد حليف بني زهرة . وقد استدل بحديث عقبة من قال أنه يجوز أن يتولى طرفي العقد واحد وهو مروى عن الأوزاعي وربيعة والثوري ومالك وأبي حنيفة وأكثر أصحابه والليث والهادوية وأبي ثور وحكى في البحر عن الناصر والشافعي وزفر أنه لا يجوز لقوله صلى الله عليه وآله وسلم "كل نكاح لا يحضره أربعة " وقد تقدم . وأجيب بأنه أراد أومن يقوم مقامهم قال في الفتح وعن مالك لو قالت الثيب لوليها زوجني بمن رأيت فزوجها من نفسه أومن أختار لزمها ذلك ولو لن تعلم عين الزوج . وقال الشافعي يزوجه السلطان أو ولي آخر مثله أو أبعد منه ووافقه زفر وداود وحجتهم إن الولاية شرط في العقد فلا يكون الناكح منكحا كما لا يبيع من نفسه وروى البخاري عن المغيرة تعليقا أنه خطب امرأة هو أولى الناس بها فأمر رجلا فزوجه ووصل هذا الأثر وكيع في مصنفه . وللبيهقي من طريقه عن الثوري عن عبد الملك بن عميران المغيرة بن شعبة أراد أن يتزوج امرأة هو وليها فجعل أمرها إلى رجل المغيرة أولى منه فزوجه . وأخرجه عبد الرزاق عن الثوري وقال فيه فأمر أبعد منه فزوجه . وأخرجه سعيد بن منصور من طريق الشعبي ولفظه أن المغيرة خطب بنت عمه عروة بن مسعود فأرسل إلى عبد الله بن أبي عقيل فقال زوجنيها فقال ما كنت لأفعل أنت أمير

---

(١) أشرف المسالك، المؤلف غير معروف ص/١٣١

البلد وابن عمها فأرسل المغيرة إلى عثمان بن أبي العاص فزوجها منه . والمغيرة هو ابن شعبة بن مسعود من ولد عوف بن ثقيف فهي بنت عمه وعبد الله بن أبي عقيل هو ابن عمها أيضا لأن جده هو مسعود المذكور . وأما عثمان بن أبي العاص فهو وإن كان ثقفيا لكنه لا يجتمع معهم إلا في جدهم الأعلى ثقيف لأنه من ولد جشم ابن ثقيف . وقد استدل محمد بن الحسن على الجواز بأن الله لما عاتب الأولياء في تزويج من كانت من أهل المال والجمال بدون صداقها وعاتبهم على ترك تزويج من كانت قليلة المال والجمال دل على أن الولي يصح منه تزويجها من نفسه إذ لا يعاتب أحدا على ترك ما هو حرام عليه ." (١)

"وجاء في "تفسير الإمام البغوي" –رحمه الله تعالى–: " ﴿وأشهدوا﴾ على الرجعة أو الفراق، أمر بالإشهاد على الرجعة وعلى الطلاق ... ".

وقال العلامة السعدي –رحمه الله في "تفسيره": " ﴿وأشهدوا﴾ على طلاقها ورجعتها ﴿ذوي عدل منكم﴾ أي: رجلين مسلمين عدلين لأن في الإشهاد المذكور سدا لباب المخاصمة وكتمان كل منهما ما يلزم بيانه".

قال العلامة أحمد شاكر –رحمه الله– في كتاب "نظام الطلاق في الإسلام" (ص ٨٠) –بحذف–: "والظاهر من سياق الآيتين أن قوله: ﴿وأشهدوا﴾ راجع إلى الطلاق وإلى الرجعة معا والأمر للوجوب، لأنه مدلوله الحقيقي، ولا ينصرف إلى غير الوجوب –كالندب– إلا بقرينة، ولا قرينة هنا تصرفه عن الوجوب، بل القرائن هنا تؤيد حمله على الوجوب: لأن الطلاق عمل استثنائي يقوم به الرجل –وهو أحد **طرفي العقد–** وحده. سواء أوافقته المرأة أم لا، كما أوضحنا ذلك مرارا، وتترتب عليه حقوق للرجل قبل المرأة، وحقوق للمرأة قبل الرجل، وكذلك الرجعة، ويخشى فيهما الإنكار من أحدهما، فإشهاد الشهود يرفع احتمال الجحد، ويثبت لكل منهما حقه قبل الآخر.

فمن أشهد على طلاقه فقد أتى بالطلاق على الوجه المأمور به، ومن أشهد على الرجعة فكذلك، ومن لم يفعل فقد تعدى حد الله الذي حده له، فوقع عمله باطلا، لا يترتب عليه أي أثر من آثاره.

وهذا الذي اخترنا هو قول ابن عباس. فقد روى عنه الطبري في التفسير (٢٨ – ٨٨) قال: إن أراد مراجعتها قبل أن تنقضي عدتها أشهد رجلين، كما قال الله: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ عند الطلاق وعند المراجعة.." (٢)

---

(١) نيل الأوطار، المؤلف غير معروف ٦/١٩٢

(٢) الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، حسين العوايشة ٥/٢٩٦

"٢٨٧٢ - وعن العداء بن خالد بن هوذة، أخرج كتابا: هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم، اشترى منه عبدا أو أمة، لا داء، ولا غائلة، ولا خبثة، بيع المسلم المسلم. رواه الترمذي، وقال: هذا حديث غريب. [٢٨٧٢]٢٨٧٣ - وعن أنس: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقدحا، فقال: ((من يشتري هذا الحلس والقدح؟)) فقال رجل: آخذهما بدرهم. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((من يزيد علي درهم؟)) فأعطاه رجل درهمين، فباعهما منه. رواه الترمذي، وأبو داود، وابن ماجه. [٢٨٧٣]ـــــــالحديث الثاني عشر عن العداء قوله: العداء ((قض)): هذا العداء من بني ربيعة بن عمرو بن عامر بن صعصعة من أعراب البصرة. و ((عبدا أو أمة)) شك بعض الرواة، والمراد بالداء العيب الموجب للخيار، وبالغائلة ما فيه اغتيال مال المشتري، مثل أن يكون العبد سارقا أو آبقا، وبالخبثة أن يكون خبيث الأصل، لا يطيب للملاك، أو محرما كالمسبي من أولاد المعاهدين ومن لا يجوز سبيهم، فعبر عن الحرمة بالخبث، كما عبر عن الحل بالطيب. ((بيع المسلم المسلم)) نصب علي المصدر أي باعه بيع المسلم من المسلم، وأضاف إلي الفاعل ونصب به المفعول. ((تو)): ليس في ذلك ما يدل علي أن المسلم إذا بايع غير أهل ملته، جاز له أن يعامله بما يتضمن غبنا أو غشا، وإنما قال ذلك علي سبيل المبالغة في النظر له، فإن المسلم إذا بايع المسلم يرى له من النصح أكثر مما يرى لغيره، أو أراد بذلك بيان حال المسلمين إذا تعاقدا، فإن من حق الدين وواجب النصيحة أن يصدق كل واحد منهما صاحبه، ويبين له ما خفي عليه، ويكون التقدير باعه بيع المسلم المسلم، واشتراه شرى المسلم المسلم، فاكتفي بذكر أحد طرفي العقد عن الآخر.الحديث الثالث عشر عن أنس رضي الله عنه: قوله: ((باع)) أي أراد أن يبيع، كقوله تعالي: ﴿وإذا قرأت القرآن﴾. قوله: ((حلسا)) ((نه)): الحلس الكساء الذي علي ظهر البعير تحت القتب لا يفارقه. قوله: ((من يزيد علي درهم)) ((مح)): هذا ليس بسوم؛ لأن السوم هو أن يتفق الراغب والبائع علي البيع ولم يعقداه، فيقول الآخر للبائع: أنا أشتريه، وهذا حرام بعد استقرار الثمن، وأما السوم في السلعة التي تباع فيمن يزيد فليس حرام. أقول: في قوله: ((فأعطاه)) أي النبي صلى الله عليه وسلم، وقوله: ((فباعهما)) إيهام أن المعاطاة كافية.." (١)

"وللحديث ألفاظ.ووقع الخلاف بين الرواة: هل حسبت تلك الطلقة أم لا؟ ورواية عدم الحسبان لها أرجح، وقد أوضح الماتن هذه المسألة في " شرح المنتقى " (١) ، وفي رسالة مستقلة، والخلاف طويل، والأدلة كثيرة، والراجح عدم وقوع البدعي لما ذكره هنالك (٢) .وقد روى سعيد بن منصور من طريق عبد

---

(١) شرح المشكاة للطيبي الكاشف عن حقائق السنن الطيبي ٢١٥٦/٧

الله بن مالك، عن ابن عمر، أنه طلق امرأته وهي حائض، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " ليس ذلك بشيء ".وقد روى ابن حزم في " المحلى " بسنده المتصل إلى ابن عمر: أنه قال في الرجل يطلق امرأته وهي حائض: لا يعتد بذلك؛ وإسناده صحيح.وقد تابع أبا الزبير – الراوي لعدم الحسبان لتطليقة ابن عمر المذكورة في الحديث –: أربعة: عبد الله بن عمر العمري، ومحمد بن عبد العزيز بن أبي رواد، ويحيى بن سليم، وإبراهيم بن أبي حسنة.ولو لم يكن في المقام إلا قول الله – عز وجل –: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم_____________) ١) ﷺ (٦ / ١٩١ – ١٩٣) . (ن)(٢) يؤيد هذا: أن الأصل في عقد النكاح البقاء والاستمرار، وهو عقد بين اثنين: هما الزوجان، والأصل في العقود أن فسخها كابتدائها؛ يجب فيه رضا العاقدين، وأباح الشارع الطلاق من أحد **طرفي العقد** وحده؛ وهو الزوج؛ على غير القياس في فسخ العقود أو إلغائها، فيجب الاقتصار على ما ورد عنه، والوقوف عند الحد الذي أباحه، فكل صفة للطلاق غير الصفة التي أذن بها الشارع؛ لا أثر لها في العقد، ولا يجوز قياس الممنوع على الجائز، كما لا يجوز قياس أحد **طرفي العقد** على الآخر؛ فإن الزوجة لا يجوز لها أن تطلق نفسها؛ إلا إذا فوض الزوج ذلك إليها وتلقته عنه، وهذه إشارة إلى بحث ممتع طويل؛ لعلنا نوفق إلى كتابته في مجال أوسع من هذا؛ إن شاء الله. (ش)." (١)

"ابن عمر متفق عليه إلا رواية الدارقطني التي ذكرناها وفي رواية من حديث ابن عمر عند مسلم وأبي داود والنسائي "أن النبي أمره أن يراجعها حتى تطهر ثم إن شاء طلق أو أمسك"وفي لفظ لمسلم أيضا والترمذي "مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا " وظاهر هاتين الروايتين أن الطلاق في الطهر المتعقب للحيضة التي وقع الطلاق فيها يكون طلاق سنة لا بدعة ولكن الرواية الأولى التي فيها "ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر" متضمنة لزيادة يجب العمل بها وهي أيضا في الصحيحين فكانت أرجح من وجهين ويدل على قوله أو حاملا أن طلاق الحامل للسنة وأما من كانت صغيرة أو آيسة أو منقطعا حيضها فالظاهر أنه يكون طلاقها للسنة من غير شرط إلا مجرد إفراد الطلاق وأما القول بأنه ليس بسنة ولا بدعة كما في البحر وغيره ففاسد لأن الأصل عدم عروض ما يمنع من الطلاق المشروع.ويحرم إيقاعه على غير هذه الصفة لحديث ابن عمر عند مسلم وأهل السنن وأحمد "أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا" وفي لفظ أنه قال: "ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فإن بدا له أن يطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمر الله" وهو في

---

(١) الدرر البهية والروضة الندية والتعليقات الرضية صديق حسن خان ٢/٢٤٥

الصحيحين وغيرهما وفي رواية في الصحيح "أنه قرأ النبي صلى الله تعالى عليه وآله وسلم ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾ وللحديث ألفاظ ووقع الخلاف بين الرواة هل حسبت تلك الطلقة أم لا؟ ورواية عدم الحسبان لها أرجح وقد أوضح الماتن هذه المسألة في شرح المنتقى وفي رسالة مستقلة والخلاف طويل والأدلة كثيرة والراجح عدم وقوع البدعي لما ذكره هنالك١ وقد روى سعيد بن منصور من طريق عبد الله بن مالك عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ليس_______________١يؤيد هذا أن الصل في عقد ١لنكاح البقاء والاستمرار وهو عقد بين اثنين هما الزوجان والأصل في العقود أن فسخها كابتدائها يجب فيه رضا العاقدين وأباح الشارع الطلاق من أحد **طرفي العقد** وحده وهو الزوج عل يغير القياس في فسخ العقود أو إلغائها فيجب الاقتصار على ما ورد عنه والوقوف عند الحد الذي أباحه فكل صفة للطلاق غير الصفة التي أذن بها الشارع لا أثر لها في العقد ولا يجوز قياس الممنوع على الجائز كما لا يجوز قياس أحد **طرفي العقد** على الآخر فإن الزوجة لا يجوز لها أن تطلق نفسها إلا إذا فوض الزوج ذلك إليها وتلقته عنه وهذه إشارة إلى حث ممتع طويل لعلنا نوفق إلى كتابته في مجال أوسع من هذا إن شاء الله.." (١)

"حكم السلم ودليلهوحكم السلم الجواز، فهو رخصة مستثناة من بيع ما ليس عند بائعه. ودليل جوازه الكتاب والسنة والإجماع.فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ والدين عام يشمل دين السلم ودين غيره، وقد فسره ابن عباس بدين السلم.وأما السنة فمنها خبر الصحيحين: "ومن أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم". وقد أجمع أئمة المسلمين على جوازه.أركان السلم وشروطهالسلم قسم من أقسام البيع كما تقدم؛ فأركان البيع أركان له، وشروطه شروطه، غلا أنه للسلم شروط زائدة على شروط البيع._______________- بكسر اللام - كما يسمى رب السلم. ويسمى صاحب السلعة المؤجلة: مسلم إليه وتسمى السلعة كالقمح والزبد: مسلم فيه. ويسمى الثمن: رأس مال السلم، فإذا أراد شخص أن يشتري قمحا مؤجلا إلى أجل مسمى بنقد يدفعه فورا كان ذلك سلما ويسمى المشتري مسلما، والبائع مسلما إليه، والقمح مسلما فيه، والثمن رأس مال السلم، ولا يشترط فيه أن يكون بلفظ السلم ولا بلفظ السلف، بل ينعقد البيع والشراء بلفظ السلم أيضا.المالكية - قالوا: السلم عقد معاوضة يوجب شغل ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين فقوله معاوضة معناه: ذو عوض يدفعه كل واحد من **طرفي العقد** لصاحبه، خرج به الهبة والصدقة وغيرهما من العقود التي لا

---

(١) الروضة الندية شرح الدرر البهية ط المعرفة صديق حسن خان ٤٨/٢

معاوضة فيها، بل فيها بذل من جانب واحد فقط، وقوله بغير عين، خرج به بيع سلعة بعين مؤجلة من ذهب أو فضة كما تقدم في تعريف البيع، وقوله ولا منفعة. خرج به كراء الداء ونحوه المضمون فإنه عقد معاوضة بغير عين ولكن أحد عوضيه منفعة، وقوله غير متماثل العوضين، خرج به السلف "القرض" فإن المقترض يرد ما أخذه كما هو.الحنابلة – قالوا: السلم عقد على شيء يصح بيعه موصوف في الذمة إلى أجل. والذمة هي وصف يصير به المكلف أهلا للإلزام وار التزام، وهو معنى عام عند غيرهم وقد تقدم. ويصح بلفظ البيع كأن يقول: ابتعت منك قمحا صفته كذا، وكيله كذا، أقبضه بعد شهر مثلا، كما يصح بلفظ سلم وسلف. بل يصح بكل ما يصح به البيع، كتملكت واتهبت ونحوه." (١)

"له قال الشارح: وفي الباب عن هبار عند الطبراني: أن النبي – صلى الله عليه وسلم – شهد نكاح رجل فقال: «على الخير والبركة والألفة والطائر الميمون والسعة والرزق، بارك الله لكم» .باب ما جاء في الزوجين يوكلان واحدا في العقد٣٤٨٦- عن عقبة بن عامر: أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لرجل: «أترضى أن أزوجك فلانة» ؟ قال: نعم. وقال للمرأة: «أترضين أن أزوجك فلانا» ؟ قالت: نعم. فزوج أحدهما صاحبه، فدخل بها ولم يفرض لها صداقا ولم يعطها شيئا، وكان ممن شهد الحديبية، وكان من شهد الحديبية له سهم بخيبر؛ فلما حضرته الوفاة قال: إن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – زوجني فلانة ولم أفرضلها صداقا ولم أعطها شيئا، وإني أشهدكم أني أعطيتها من صداقها سهمي بخيبر، فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف. رواه أبو داود.وقال عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم بنت قارظ: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم. قال: فقد تزوجتك. ذكره البخاري في صحيحه.وهو يدل على أن مذهب عبد الرحمن أن كل من وكل في تزويج أو في بيع شيء فله أن يبيع ويزوج من نفسه، وأن يتولى ذلك بلفظ واحد.قال الشارح رحمه الله تعالى: وقد استدل بحديث عقبة من قال: إنه يجوز أن يتولى **طرفي العقد** واحد، وهو مروي عن الأوزاعي وربيعة والثوري ومالك وأبي حنيفة وأكثر أصحابه والليث والهادوية وأبي ثور وحكي في البحر عن الناصر والشافعي وزفر أنه لا يجوز لقوله – صلى الله عليه وسلم -: «كل نكاح ولا يحضره أربعة» وقد تقدم. وقال الشافعي: يزوجه السلطان أو ولي آخر مثله أو أبعد منه وروى البخاري عن المغيرة تعليقا أنه خطب امرأة هو أولى الناس بها فأمر رجلا فزوجه.قال في المقنع: وإذا زوج عبده الصغير من أمته

(١) الفقه على المذاهب الأربعة عبد الرحمن الجزيري ٢٧٣/٢

جاز أن يتولى طرفي العقد، وكذلك ولي المرأة مثل ابن العم. والمولى والحاكم إذا أذنت له في نكاحها فله أن يتولى طرفي العقد، وعنه لا يجوز حتى يوكل غيره في أحد." (١)

"جواز سقوط خيار المجلسقوله: (إذا تبايع الرجلان؛ فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا أو يخير أحدهما صاحبه) فالتفرق يسقط خيار المجلس، وكذلك يخير أحدهما الآخر وهما في المجلس البائع قال للمشتري: ما رأيك؟ شاور، اختر، أتمض البيع؟ خيره في المجلس فاختار البيع، وهما في المجلس، ثم بعد فترة وهما في نفس المجلس، قال: تراجعت.لماذا؟ قال: لا زلنا في المجلس: (ما لم يفترقا) ونحن ما افترقنا، يقول له: لا؛ لأن صاحبك خيرك فاخترت إمضاء البيع فلا خيار لك.(أو يخير أحدهما الآخر) سواء كان الذي خير صاحبه البائع واختار المشتري الإمضاء، أو الذي خير صاحبه المشتري واختار البائع المضي في البيع، فإذا خير أحدهما صاحبه وقال: تعاقدنا، تبايعنا؟ قال: نعم.قال: لك خيار؟ قال: لا، أنا جزمت وانتهيت، عندها يكون انتهى العقد، ولا خيار للمجلس بعد ذلك، أو يقول أحدهما: أنا من جانبي أمضيت، والبائع: أنا بعت وانتهيت، وأنت شاور وفكر، ولك الخيار إلى الغد، أما أنا فلا خيار لي.أصبح الخيار هنا لواحد، والثاني أسقط خياره وأعطى صاحبه مهلة، فيذهب هذا صاحب الخيار ويأتي في المهلة أو قبلها ويقول: أمضيت البيع، انتهى.فإذا جاء وقال: ما ناسبني –بشرط ألا تنتهي المهلة– فله الحق في تلك المدة أن يختار وأن يرد السلعة أو أن يمضي العقد.إذا: بالافتراق، أو بتخيير أحدهما الآخر ينتهي خيار المجلس.وينبغي التنبيه أيضا على أن هناك أنواعا من البيوع لا يدخلها خيار المجلس.منها: بيع السلطان؛ فإذا قام السلطان ببيع مال إنسان مدين ليسد دينه، وأعلن عنه، ورسا المال على شخص، فلا يحق للذي رسا عليه البيع وهو في المجلس أن يقول: لي خيار المجلس.ومنها: بيع التركة بين الورثة الورثة لهم تركة وأرادوا أن يبيعوها ليتقاسموها، وسواء واحد منهم أو خارج عنهم اشترى شيئا من التركة فليس له خيار فيما اشتراه.ومنها إذا كان يشتري من نفسه لنفسه بأن كان وليا أو وصيا على صبي، وأراد أن يبيع من ماله للصبي أو يشتري من مال الصبي لنفسه، فإذا تم العقد، فلا خيار له؛ لأن الخيار للنظر في المصلحة، وكذلك بين الشركاء، إن كانوا شركاء في شركة، وأرادوا أن يتفاصلوا وعرضوا الموجود للبيع، فاشترى أحد الشركاء أو جاء إنسان من الخارج واشترى من سلع الشركة، فلا خيار مجلس في ذلك.فهذه: بيع السلطان والتركة والشركة، ومن كان متوليا طرفي العقد في صفقة، فلا خيار لواحد من هؤلاء، كما أنه هنا لا خيار بعد التفرق، ولا خيار بعد أن يخير أحدهما الآخر.قال: [(فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع)]

---

(١) بستان الأحبار مختصر نيل الأوطار فيصل المبارك ٢/٢٢٣

.هذه صورة ثانية: تبيعني هذه السلعة؟ - لا، أنت لست مشتريا، أنت ستذهب تشاور أمك أو زوجتك أو كذا، أنا أريد بيع وشراء ليس فيه خيار، خيره قبل العقد، قال: لا مشاورة ولا خيار، نتبايع وننهي البيع الآن؛ فتبايعا.ليس له أن يرجع ويقول: لي خيار المجلس، وإن كان بعض الحنابلة يجيز له ذلك، لكن الجمهور على أنه ما دام خيره من قبل وخشي من هذا التطويل، وقال: ما هناك خيار، ونتبايع على ألا خيار بيننا.فقال: قبلت.وتبايعا على ألا خيار بينهما، فقد تم البيع.قال: [(وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع؛ فقد وجب البيع)] .لم يقل البائع: أنا تركت البيع ورجعت.ولم يقل المشتري: أنا تركت البيع ورجعت بعت، اشتريت، في أمان الله، تفرقا، بعد هذا التفرق ما حصل من واحد منهما أنه رجع، أو طلب الفسخ، أو الخيار، أمضيا البيع ومضى كل في سبيله، وحينها لزم البيع.." (١)

"شرح حديث: (نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة)قال رحمه الله: [وعن سمرة بن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم: (نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة)] من المبيعات المنهي عنها، وتصنف في أبواب الربا، ما ورد في حديث سمرة الذي ساقه المؤلف رحمه الله، وهو النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، والحيوان كل ذوات الأربع، والنسيئة التأجيل والتأخير، وهذا الحديث يعتبر من المشكلات، فقد ورد ما يعارضه من حديثي أبي رافع وابن عمرو، أما حديث أبي رافع رضي الله تعالى عنه فيقول: (استسلف النبي صلى الله عليه وسلم بكرا، فرد رباعيا) ، وحديث ابن عمرو يقول: (أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أجهز جيشا، فنفدت الإبل، فكنت آخذ البعير على البعيرين من إبل الصدقة) ، فحديث أبي رافع وحديث ابن عمر كلاهما فيه نسيئة، وحديث سمرة ينهى فيه عن النسيئة! وهنا وقف العلماء ما بين الجمع بين الحديثين، وما بين ادعاء النسخ، وما بين الترجيح بين سند الطرفين، أما حديث سمرة فروي عن الشافعي رحمه الله أنه جمع بينه وبين حديث أبي رافع وابن عمرو قائلا: نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة إذا كان كلا من المبيع والثمن غائبا، أي: كلا طرفي العقد غائبا، كأن تقول: عندي جمل نجيب جيد، فقال لك الآخر: اشتريه منك بجملين أو بثلاثة، وكل من الجمل المبيع والجملين أو الثلاثة -الثمن- غائبة غير حاضرة، بأن قال لك المشتري مثلا: أين جملك؟ تقول: إنه مع الإبل يرعى في المرعى، ويقول البائع: أين جملاك؟ أو أين الثلاثة الجمال؟ فيقول: إنها تأتيني بعد غد، فيتبايعان حيوان بحيوان كلا منهما غائب، هكذا فسر الشافعي رحمه الله حديث سمرة في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، أي: أن يكون النساء في كلا الطرفين.وذهب الأحناف ورواية عن أحمد بأن هذا

(١) شرح بلوغ المرام لعطية سالم عطية سالم ١٠/١٩٦

الحديث ناسخ لحديث أبي رافع: (تسلف بكرا فرد رباعيا) ، ف الشافعي يجمع بين الروايات ويقول: الجمع أولى من اطراح أحد الطرفين بادعاء النسخ، والجمهور يقولون: النسخ يحتاج إلى دليل.وهناك من يقول: إن حديث سمرة أقل إسنادا من حديث أبي رافع ومن حديث ابن عمرو، وقد ذكر الصنعاني شارح هذا الكتاب رحمه الله بأنهم اختلفوا في هذا الحديث وصلا وإرسالا، فبعض العلماء يقول: هو مرسل، وبعضهم يقول: موقوف على ابن عباس، ومعلوم عند الفقهاء أن المرسل: هو ما لم يذكر فيه الصحابي، كما قال الناظم: ومرسل منه الصحابي سقط وقل غريب ما روى راو فقط فعلى هذا يكون حديث سمرة إما أنه أضعف سندا، وإما أن يجمع بينه وبين الأحاديث الأخرى بأن النسيئة تحمل على الطرفين، وبيع النسيئة من الطرفين مجمع على النهي عنه، ويسمى بيع الكالئ بالكالئ، والكالئ هو الدين، فلا يجوز بيع دين بدين، فتقول: اشتر ديني الذي علي لك بكذا، وأين ثمن الدين؟ يقول: مؤجل! إذا: دين بدين لا يجوز، ويقولون: تفسير الشافعي رحمه الله يجمع بين الحديثين.وبعد ذكر الخلاف في هذا الحديث، نأتي إلى ما ذكره المؤلف بقوله: رواه الخمسة، والخمسة هم السبعة ما عدا البخاري ومسلم، أي: أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وأحمد، فنأتي إلى أبي داود؛ فنجده يبوب على هذا الحديث كراهية بيعه، ثم بعده يأتي بحديث سمرة، ثم يقول: باب: الرخصة في ذلك، ويذكر عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه اشترى جملا بجملين وقدم أحد الجملين وقال: الآخر آتيك به غدا، ويعني بالرخصة: أن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة يكون رخصة.والترمذي ذكر حديث سمرة ثم قال: وقد ترخص بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، وذكر أثر ابن عمر رضي الله تعالى عنه، وعلى هذا يكون النهي أقل ما فيه الكراهية، وهناك من حمله على المنع والتحريم، وهناك من حمله على أنه ناسخ لغيره، وهناك من رجح أن الحديث ضعيف السند، ووجدنا صنيع أبي داود وصنيع الترمذي أنهم عقبوا هذا الحديث بذكر الرخصة، فيكون الأولى ترك ذلك، اللهم إلا إذا حصل اضطرار ولا اضطرار في ذلك؛ لأن صورة بيع ابن عمر أنه اشترى بعيرا ببعيرين، ودفع بعيرا اليوم، وقال: الثاني آتيك به غدا، إذا: أقل الدرجات أن هذا الحديث يحمل على الكراهية، والله تعالى أعلم.." (١)

"كتاب البيوع - أبواب السلم والقرض والرهن [١]يعتبر السلم أو السلف عقدا من عقود الإرفاق بين المسلمين؛ وقد جعل الشارع عليه الصلاة والسلام له شروطا حتى لا يقع الغرر أو التعدي على أي من

---

(١) شرح بلوغ المرام لعطية سالم عطية سالم ٦/١٩٩

طرفي العقد؛ وفي هذه الشروط: معرفة كيل ومقدار ونوع الشيء المسلم فيه، وعلى هذا جرى الصحابة رضوان الله عليهم في معاملاتهم.." (١)

"كتاب البيوع - باب المساقاة والإجارة [١]من عقود المعاملات في الإسلام: عقد المساقاة والمزارعة، وهو عقد شبيه بعقد القراض من جهة اشتراك طرفي العقد في عمل واحد: أحدهما بماله، والآخر بجهده.والعمدة في ذلك: حديث مساقاة الرسول صلى الله عليه وسلم لأهل خيبر، حيث عاملهم على سقايتها على أن الثمرة بينهما مناصفة، وكان يخرصها عليهم عبد الله بن رواحة رضي الله عنه، على أن يلتزموا هم بكل ما من شأنه إصلاح النخل من سقي وتأبير وقطع للجريد وإصلاح للقنوات وغير ذلك.." (٢)

"زواج الاخرس: ويصح زواج الاخرس باشارته إن فهمت كما يصح بيعه، لان الاشارة معنى مفهم.وإن لم تفهم إشارته لا يصح منه، لان العقد بين شخصين، ولا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر من صاحبه (١)عقد الزواج للغائب:إذا كان أحد طرفي العقد غائبا وأراد أن يعقد الزواج فعليه أن يرسل رسولا أو يكتب كتابا إلى الطرف الاخر يطلب الزواج.وعلى الطرف الاخر - إذا كان له رغبة في القبول - أن يحضر الشهود ويسمعهم عبارة الكتاب أو رسالة الرسول، ويشهدهم في المجلس على أنه قبل الزواج.ويعتبر القبول مقيدا بالمجلس.شروط صيغة العقد:اشترط الفقهاء لصيغة الايجاب والقبول: أن تكون بلفظين وضعا للماضي، أو وضع أحدهما للماضي والاخر للمستقبل.فمثال الاول: أن يقول العاقد الاول: زوجتك ابنتي.ويقول القابل: قبلت.ومثال الثاني: أن يقول الخاطب أزوجك ابنتي، فيقول له: قبلت.وإنما اشترطوا ذلك، لان تحقق الرضا من الطرفين وتوافق ارادتهما هو الركن الحقيقي لعقد الزواج، والايجاب والقبول مظهر ان لهذا الرضا كما تقدم.ولابد فيهما من أن يدلا دلالة قطعية على حصول الرضا وتحققه فعلا وقت العقد.والصيغة التي استعملها الشارع لانشاء العقود هي صيغة الماضي، لان دلالتها على حصول الرضا من الطرفين قطعية.ولا تحتمل أي معنى آخر.__________(١) جاء في لائحة ترتيب المحاكم الشرعة والاجراءات المتعلقة بها مادة ١٢٨ اقرار الاخرس يكون باشارته المعهودة.ولا يعتبر إقراره بالاشارة إذا كان يمكنه الاقرار بالكتابة.." (٣)

---

(١) شرح بلوغ المرام لعطية سالم عطية سالم ١/٢٠٣

(٢) شرح بلوغ المرام لعطية سالم عطية سالم ١/٢١٩

(٣) فقه السنة سيد سابق ٣٩/٢

"التزمته.لان طبيعة عقد التأمين قانونا أنه من عقود المعاوضة الاحتمالية. وإذا قيل إن ما يدفعه المؤمن للشركة يعتبر قرضا يسترده مع أرباحه إذا كان حيا، فهذا قرض جر نفعا. وهو حرام. وهذا هو الربا المنهي عنه.وبالجملة فالموضوع على أي وجه قلبته وجدته لا ينطبق على عقد يصححه الشرع الاسلامي.وهذا الذي قدمناه هو فيما إذا بقي المؤمن على حياته حيا بعد توفيته ما التزمه على نفسه من الاقساط، أما إذا مات قبل إيفاء جميع الاقساط، وقد يموت بعد دفع قسط واحد فقط، وقد يكون الباقي مبلغا عظيما جدا، لان مبلغ التأمين على الحياة موكول تقديره إلى **طرفي العقد** على ما هو معلوم، فإذا أدت الشركة المتفق عليه كاملا لورثته أو لمن جعل له المؤمن ولاية قبض ما التزمت به الشركة بعد موته، ففي مقابل أي شئ دفعت الشركة هذا المبلغ؟.أليست هذه مخاطرة ومغامرة؟ وإذا لم يكن هذا من صميم المغامرة، ففي أي شئ المؤامرة إذن ... ؟ وهل يتصور أن يجيز شرع يحرم أكل أموال الناس." (١)

"لا ضمان على المضارب في عقد المضاربة إلا بالتفريط والتعدي.فقد اتفق الفقهاء على أن المضارب أمين على ما بيده من مال المضاربة ، لأن هذا المال في حكم الوديعة ، وإنما قبضه المضارب بأمر رب المال لا على وجه البدل والوثيقة. فلا يضمن المضارب إلا بالتفريط والتعدي شأنه في ذلك شأن الوكيل والوديع وسائر الأمناء.واتفق الفقهاء على عدم صحة اشتراط ضمان رأس المال على المضارب في العقد لكي لا يتحمل وحده الخسارة المالية في حالة حدوثها فيضيع جهده بالإضافة إلى جزء من ماله وهو خلاف القاعدة الشرعية (الربح على ما اصطلحا والوضيعة على رب المال) ، حيث يجب أن يتحمل المضارب خسارة جهده وعمله فقط ، بينما يتحمل رب المال خسارة ماله ، فهذا الشرط ليس من مصلحة العقد ولا من مقتضاه.وكذلك منع جمهور الفقهاء تطوع المضارب بضمان مال المضاربة ولو خارج العقد وبعد الشروع في العمل ، لأن المضارب يكون متهما برغبته في استدراج رب المال وابقاء رأس المال بيده.ولكن أجاز بعض فقهاء المالكية تطوع المضارب بالضمان وذلك قياسا على جواز تطوع الوديع والمكترى بضمان ما بيده إذا كان هذا التطوع بعد تمام العقد مع أن الأصل فيهما أن يكونا أمانة في يده ، فكذلك المضارب يجوز له أن يتطوع بضمان رأس المال بعد تمام عقد المضاربة وإن كان الأصل أنه أمانة بيده.أما تبرع طرف ثالث بضمان رأس المال فهذا قد أجازه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة حيث جاء في مقرراتها أنه:ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن **طرفي العقد** بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص

(١) فقه السنة سيد سابق ٣٧٣/٣

لجبر الخسران في مشروع معين ، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به ، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.." (١)

"المزارعة في اللغة والاصطلاح هي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منهافهي عقد بين جهتين أو شخصين أحدهما يملك الأرض والآخر يعمل فيها على أن يكون المحصول أو الناتج مشتركا بينهما بالنسب التي يتفقان عليها.والمزارعة تقتضي وجود:المزارع: وهو صاحب الأرض.العامل: وهو من يعمل في الأرض.الأرض: وهى محل عقد المزارعة.البذر: إذ يشترط بيان من عليه البذر في العقد على اختلاف بين الفقهاء في من عليه البذر.آلة المزارعة: كالمحراث والبقر ونحوه.حصص **طرفي العقد** من الناتج: حيث يجب تحديدها بالاتفاق مسبقا.ويطلق على المزارعة كذلك اسم المخابرة من خبر الأرض وهو شقها أو من الخبار وهي الأرض اللينة أي الصالحة للزراعة وقال بعضهم سميت المخابرة لأنها معاملة أهل خيبر على ما يخرج منها من تمر أو زرع.." (٢)

"الدليل من السنةعن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع.وفي رواية أخرى: عن ابن عمر قال أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع رواه مسلم كتاب المساقاة والمزارعة والبخاري كتاب المزارعة.ولقد رد المانعون للمزارعة على هذا الدليل من السنة بقولهمإن حديث خيبر محمول على الجزية دون المزارعة حيث إن خيبر فتحت عنوة فكان أهلها عبيدا فما أخذه من الخارج منها فهو له أي لرسول الله صلى الله عليه وسلم وما تركه فهو له أو أن معاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة بمعنى فرض مقدار نسبة محددة من غلة الأرض كالنصف بطريق المن والصلح وهو جائز.ويرد المجيزون على ذلك بالاحتجاج بظاهر الحديث وبقوله صلى الله عليه وسلم: أقركم ما أقركم الله وهذا صريح في انهم لم يكونوا عبيدا.أما المانعون للمزارعة فلقد استدلوا كذلك بالسنة حيث أوردوا حديث جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من كانت له أرض فليزرعها فإن لم يزرعها فليزرعها أخاه رواه مسلم.وفي رواية أخرى: نهى الرسول الله صلى الله عليه وسلم أن يؤخذ للأرض أجر أو حظ رواه مسلم.وفي رواية ثالثة:

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٤٥٦/١

(٢) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٥٥٣/١

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له أرض فليزرعها فإن لم يستطع أن يزرعها وعجز عنها فليمنحها أخاه المسلم ولا يؤاجرها إياه رواه مسلم.كذلك استدلوا بما رواه مسلم أن رافع بن خديج قال كنا نحاقل الأرض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكريها بالثلث والربع والطعام المسمى فجاءنا ذات يوم رجل من عمومتي فقال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعا وطواعية الله ورسوله انفع لنا نهانا أن نحاقل بالأرض فنكريها على الثلث والربع والطعام المسمى وأمر رب الأرض أن يزرعها أو يزرعها أخاه وكره كراءها وما سوى ذلك.ويحمل المجوزون للمزارعة هذه الأحاديث على أنه إذا اشترط لطرفي العقد قطعة معينة من الأرض فالنهى محمول على الوجه المفضى إلى الضرر والجهالة ويوجب المشاجرة كما هو الشأن في حمل المطلق على المقيد فيحمل على ما فيه مفسدة أو يحمل على اجتنابها ندبا واستحبابا.الدليل من الإجماععامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلوهم وعمل به أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم من بعده ولم يبق بالمدينة بيت إلا عمل به فيعد ذلك إجماعا منهم لم يخالفهم فيه أحد.دليل المشروعية من العقل والقياسالمزارعة مشروعة عقلا إذ ليس كل من ملك أرضا صالحة للزارعة قادر على زراعتها أو متفرغا لذلك كذلك من كانت له طاقة للعمل وخبرة في أمور الزراعة وليس لديه أرض يعمل بها يمكنه العمل في أراضي الغير ومشاركة أصحابها في الناتج وهذا مفيد في تشغيل موارد الأمة وطاقاتها وعدم تعطيلها.ويمكن قياس المزارعة على المضاربة لأنها كما قال ابن تيمية عين تنمو بالعمل عليها فجاز العمل فيها ببعض نمائها.." (١)

"الأعمال التي تنشأ بعد تناهى الزرع وإدراكه وجفافه وقبل قسمة الناتج وهى مرحلة الحصاد والتنقية والتجميع ونحوها لا تعتبر من أعمال المزارعة التي يلتزم بها المزارع ولذلك فإن الفقهاء قالوا بأنه لو دفع أحدهم أرضا مزارعة وفيها زرع قد بلغ مرحلة الحصاد أو كاد لا يجوز عقد المزارعة عليها لانقضاء وقت أعمال الزراعة وعليه فإن تلك الأعمال كما أوضحنا في الخلاصة تكون على العاقدين حسب النسب المتفق عليها لتقسيم الناتجإلا أن أبو يوسف من الأحناف أجاز اشتراط تلك الأعمال على الزارع ابتداء.أما بعد قسمة الناتج بين طرفي العقد بحسب الاتفاق فإنه يكون كلا منهما مسئولا عن نصيبه فيما يختص بالنقل والتخزين والتعبئة لأنه مؤونة ملكه فيلزمه وحده دون غيره إلا أنه لا بأس من أن يتبرع أحدهما للآخر بالعمل المعين أو أن يؤجر نفسه منه في إنجاز العمل المطلوب.." (٢)

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٥٥٦/١

(٢) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٥٦١/١

"تولي الوكيل طرفي العقديجوز للوكيل تولي طرفي العقد بالنيابة عن جهتيه في مذهب الحنابلة. وخالفهم الشافعية في ذلك وقالوا بعدم صحته.." (١)

"اختلف الفقهاء في حكم تولي الشخص طرفي العقد وكيلا عن جهتيه ، كما إذا وكله رجل في بيع سيارته ، ووكله آخر في شرائها ، وذلك على قولين:جواز تولي الوكيل طرفي العقد عند الحنابلةذهب الحنابلة إلى جواز تولي الوكيل طرفي العقد نائبا عن الجهتين. ومثله عقد النكاح إذا وكل الولي الزوج بعقده أو العكس أو إذا وكلا شخصا غيرهما بعقده. وذلك لأنه أذن له في طرفي العقد ، فجاز أن يليهما ، كالأب يشتري من مال ولده لنفسه.عدم جواز تولي الوكيل طرفي العقد عند الشافعيةذهب الشافعية إلى أنه لا يصح تولي الوكيل العقد عن الطرفين.لأنه عقد واحد يجتمع فيه غرضان متضادان ، الاسترخاص للموكل بالشراء والاستقصاء للموكل بالبيع ، فلم يصح التوكيل فيه ، كالبيع من نفسه.ولأن اتحاد القابض والمقبض ممنوع ، إذ لا يعقل كون المرء طالبا ومطلوبا في نفس الوقت ، ومن جهة أخرى فإنه إذا كان قابضا لجهة احتاط لها ، وإذا كان مقبضا وجب عليه وفاء الحق من غير زيادة ، فلما تخالف الغرضان ، والطباع لا تضبط ، امتنع الجمع.." (٢)

"مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد (ص ٣٩٦)يصح أن يكون الشخص الواحد وكيلا عن البائع والمشتري ويتولى طرفي العقد حينئذ (م ١٢٣٨) .المغني (٧ / ٢٣٠)وإن وكله شخص في بيع عبده ، ووكله آخر في شراء عبد ، فقياس المذهب أنه يجوز أن يشتريه له من نفسه ، لأنه أذن له في طرفي العقد ، فجاز أن يليهما إذا كان غير متهم ، كالأب يشتري من مال ولده لنفسه. ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما ، فالقياس جوازه ، لأنه يمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب ، عن الآخر ، وإقامة ، حجة كل واحد منهما ولأصحاب الشافعي في المسألة وجهان.المجموع للنووي (٩ / ٢٨٠)لا يكون القابض والمقبض واحدا ، فلا يجوز أن يوكل البائع رجلا في الإقباض ويوكله المشتري في القبض ، كما لا يجوز أن يوكله هذا في البيع وذاك في الشراء.منتهى الإرادات (٢ / ٣٠٩)(ولا يصح بيع وكيل لنفسه) بأن يشترى ما وكل في بيعه من نفسه لنفسه (ولا) يصح (شراؤه منها) أي نفسه (لموكله) بأن وكل في شراء شيء فاشتراه من نفسه لموكله ، لأنه خلاف العرف في ذلك وكما لو صرح فقال له: بعه أو اشتره من غيرك ، وللحوق التهمة له في ذلك (إلا إن أذن) موكل لوكيله في بيعه لنفسه أو شرائه منها (فيصح) للوكيل إذا (تولي طرفي العقد

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ١/١٠٨٧

(٢) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ١/١٠٨٨

فيهما كأب الصغير) ونحوه إذا باع من ماله لولد أو اشترى منه له (و) ك (توكيله) أي جائز التصرف (في بيعه و) توكيل (آخر) لذلك (في شرائه) فيتولى طرفي عقده (ومثله) أي عقد البيع (نكاح) بأن يوكل الولي الزوج أو عكسه أو يوكلا واحدا ، أو يزوج عبده الصغير بأمته ونحوه ، فيتولى طرفي العقد.المهذب (١ / ٣٥٩)وإن وكل رجلا في بيع عبده ، ووكله آخر في شرائه لم يصح ، لأنه عقد واحد يجتمع فيه غرضان متضادان ، فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه. وإن وكله في خصومة رجل ووكله الرجل في خصومته ، ففيه وجهان ،أحدهما: لا يصح لأنه توكيل في أمر يجتمع فيه غرضان متضادان ، فلم يصح ، كما لو وكله أحدهما في بيع عبده ، ووكله آخر في شرائه.والثاني: يصح. لأنه لا يتهم في إقامة الحجة لكل واحد منهما مع حضور الحاكم.الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨١)ضابط: اتحاد القابض والمقبض ممنوع ، لأنه إذا كان قابضا لنفسه احتاط لها ، وإذا كان مقبضا وجب عليه وفاء الحق من غير زيادة ، فلما تخالف الغرضان ، والطباع لا تنضبط ، امتنع الجمع.مراجع إضافيةانظر كشاف القناع (٣ / ٤٦٢) ، فتح العزيز (١١ / ٣١) ، مغني المحتاج (٢ / ٢٢٤) ، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١ / ٢٥٩) .." (١)

"تبرع طرفي العقد بحصة من الربح لتكوين احتياطيتقوم المؤسسات المالية الإسلامية عموما وكذلك مختلف صناديق الاستثمار التي تطرحها الشركات والمصارف الإسلامية على أساس عقد المضاربة ، وتتضمن لوائح هذه الجهات النص على اقتطاع نسبة معينة من الأرباح في نهاية كل دورة تودع في حساب خاص مستقل ، وترصد حصيلة هذه المبالغ لتكوين احتياطيات من أجل:مواجهة مخاطر الاستثمار وتحقيق حماية رأس المال.أو مواجهة انخفاض مستقبلي في الأرباح وتحقيق موازنة في التوزيعات.وفي الواقع العملي قد تستفيد من هذه الاحتياطيات نفس الجهات التي استقطعت منها تلك المبالغ ، وقد تستفيد منها جهات أخرى غيرها حيث تتبدل وتتنوع أشخاص المساهمين من فترة إلى أخرى ، كما قد ينص في بعض الشركات أو الصناديق الاستثمارية على أن الاحتياطي لا يخص أيا من الشركاء بعد التصفية بل إنه يذهب إلى أغراض الخير أو إلى أي أغراض خدمة المجتمع.." (٢)

"تبرع أحد طرفي العقد بحصته من الربح للآخر أو لطرف ثالثقد يتبرع أحد طرفي المضاربة بحصته من الربح لمصلحة الطرف الآخر:كأن يهب أرباب المال ، ولفترة معينة ، للمضاربين حصتهم من الربح تشجيعا على الدخول في المضاربة وسعيا وراء العمل المنتج في المال ، وخاصة إذا كان المضاربون أفرادا

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ١٠٨٩/١

(٢) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٢٨/٢

أو شركات ذات تميز.- أو كأن يهب المصرف الإسلامي بصفته المضارب (في حدود رأس ماله ولفترة معينة) حصته من الربح لأرباب الأموال وذلك تحفيزا لهم لاستثمار أموالهم وتحريكها نحو مجالات الإنتاج.كما قد يتفق الطرفان في المضاربة على تخصيص جزء من الأرباح لطرف ثالث كجهة خيرية مثلا أو صندوق وقفي أو صندوق مخصص لشأن من شؤون النفع العام.." (١)

"درست هذه المسألة في الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي وقد أجاز المجمع ضمان رأس مال المضاربة من طرف ثالث مستقل في شخصيته وذمته المالية عن **طرفي العقد** ، ويعتبر ذلك من قبيل التبرع وهو من أعمال الخير الجائزة شرعا إذا تمت بدون مقابل.ويشترط أن يكون التزام الضمان هذا مستقلا عن عقد المضاربة ، بمعنى أن قيام المتبرع بالضمان بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو العامل في المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.." (٢)

"القرار الخامس لمجمع الفقه الإسلامي: الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي ، القرار رقم (٥)٩ ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن **طرفي العقد** بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين ، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة ، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.المستشار الشرعي لمجموعة البركة الجزء ١ الفتوى رقم (٤٤)ضمان الطرف الثالثز أن هناك بديلا لموضوع ضمان رأس مال المضاربة وهو أن يكون من طرف ثالث غير المضارب ورب المال ، فيكون من قبيل الوعد بجائزة وهو من قبيل الهبة ، فيبدي هذا الطرف استعداده لتكملة ما ينقص من رأس المال بالاستثمار.فإذا أمكن تحصيل ذلك من قبل البنك المركزي مثلا أو وزارة المالية أو أي جهة مستقلة عن المضارب لا مانع من ذلك ، سواء كان تأمين ذلك الطرف الثالث بجهود المضارب أو رب المال. بل حتى لو تقدم بهذا الضمان عميل لمصلحة عميل آخر. دون أن يربط هذا بعقد المضاربة

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٣١/٢

(٢) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٤١/٢

تحاشيا لاشتراط عقد في عقد آخر.المستشار الشرعي لمجموعة البركة الجزء ١ الفتوى رقم (٤٦)أوهو غير مرفوض من الناحية الشرعية ، لأنه من ضمان الطرف الثالث ، وهو ضمان لأصل المساهمة وربحها وهو وإن كان ربحا غير معلوم الآن لكنه باعتباره من قبيل الهبة لا تضره الجهالة.لأنه يتسامح في التبرعات ، وهذا الضمان من قبيل التبرعات.المستشار الشرعي لمجموعة البركة الجزء ٢ الفتوى رقم (١٠٧)لكن إذا كان الضمان من طرف ثالث (أي غير المضارب ورب المال) فانه جائز لأنه من قبيل التبرع من ذلك الطرف أي الهبة ويتعلق هذا التبرع بمقدار ما يحصل من نقص ، والجهالة في التبرعات مغتفرة.وهذا الالتزام بالتبرع ليس ضمانا بمعنى الكفالة ، لأنها لا تكون إلا في دين صحيح ثابت حاضرا أو مستقبلا فيكون هناك مدين أصيل وكفيل بالدين ، وهنا الأصيل (المضارب) ليس مدينا لأنه بطبيعة المضاربة لا يصح مسئوليته.فالضمان هنا يراد به التحمل للتبعة وليس الكفالة ، ولا يتناول ضمان الطرف الثالث الربح المتوقع الذي فات (الكسب الفائت ، أو الفرصة الضائعة) بل يقتصر على أصل المال.لأن هناك حاجة بالنسبة لبعض الناس للمحافظة على أصل المال ، ولتشجيعهم على استثماره وليست هناك حاجة تدعو إلى ضمان حصته من الربح ، كما أن مثل هذا الضمان يشابه المرابحة التي تقوم على أساس ضمان الأصل مع زيادة.." (١)

"اختصاص أحد طرفي العقد بالربحقد يتبرع أحد طرفي المضاربة بحصته من الربح لمصلحة الطرف الآخر: كأن يهب أرباب المال ، ولفترة معينة ، للمضاربين حصتهم من الربح تشجيعا على الدخول في المضاربة وسعيا وراء العمل المنتج في المال ، وخاصة إذا كان المضاربون أفرادا أو شركات ذات تميز.– أو كأن يهب المصرف الإسلامي بصفته المضارب (في حدود رأس ماله ولفترة معينة) حصته من الربح لأرباب الأموال وذلك تحفيزا لهم لاستثمار أموالهم وتحريكها نحو مجالات الإنتاج.كما قد يتفق الطرفان في المضاربة على تخصيص جزء من الأرباح لطرف ثالث كجهة خيرية مثلا أو صندوق وقفي أو صندوق مخصص لشأن من شؤون النفع العام.." (٢)

"درست هذه المسألة في الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي وقد أجاز المجمع ضمان رأس مال المضاربة من طرف ثالث مستقل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد ، ويعتبر ذلك من قبيل التبرع وهو من أعمال الخير الجائزة شرعا إذا تمت بدون مقابل.ويشترط أن يكون التزام الضمان هذا مستقلا عن

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٤٢/٢

(٢) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٩٠/٢

عقد المضاربة ، بمعنى أن قيام المتبرع بالضمان بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو العامل في المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.." (١)

"القرار الخامس لمجمع الفقه الإسلامي: الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي ، القرار رقم (٥)٩ ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين ، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة ، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.المستشار الشرعي لمجموعة البركة الجزء ١ الفتوى رقم (٤٤)ضمان الطرف الثالثز أن هناك بديلا لموضوع ضمان رأس مال المضاربة وهو أن يكون من طرف ثالث غير المضارب ورب المال ، فيكون من قبيل الوعد بجائزة وهو من قبيل الهبة ، فيبدي هذا الطرف استعداده لتكملة ما ينقص من رأس المال بالاستثمار.فإذا أمكن تحصيل ذلك من قبل البنك المركزي مثلا أو وزارة المالية أو أي جهة مستقلة عن المضارب لا مانع من ذلك ، سواء كان تأمين ذلك الطرف الثالث بجهود المضارب أو رب المال. بل حتى لو تقدم بهذا الضمان عميل لمصلحة عميل آخر. دون أن يربط هذا بعقد المضاربة تحاشيا لاشتراط عقد في عقد آخر.المستشار الشرعي لمجموعة البركة الجزء ١ الفتوى رقم (٤٦)أوهو غير مرفوض من الناحية الشرعية ، لأنه من ضمان الطرف الثالث ، وهو ضمان لأصل المساهمة وربحها وهو وإن كان ربحا غير معلوم الآن لكنه باعتباره من قبيل الهبة لا تضره الجهالة.لأنه يتسامح في التبرعات ، وهذا الضمان من قبيل التبرعات.المستشار الشرعي لمجموعة البركة الجزء ٢ الفتوى رقم (١٠٧)لكن إذا كان الضمان من طرف ثالث (أي غير المضارب ورب المال) فانه جائز لأنه من قبيل التبرع من ذلك الطرف أي الهبة ويتعلق هذا التبرع بمقدار ما يحصل من نقص ، والجهالة في التبرعات مغتفرة.وهذا الالتزام بالتبرع ليس ضمانا بمعنى الكفالة ، لأنها لا تكون إلا في دين صحيح ثابت حاضرا أو مستقبلا فيكون هناك مدين أصيل وكفيل بالدين ، وهنا الأصيل (المضارب) ليس مدينا لأنه بطبيعة المضاربة لا يصح

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٢/٩٧

مسئوليته.فالضمان هنا يراد به التحمل للتبعة وليس الكفالة ، ولا يتناول ضمان الطرف الثالث الربح المتوقع الذي فات (الكسب الفائت ، أو الفرصة الضائعة) بل يقتصر على أصل المال.لأن هناك حاجة بالنسبة لبعض الناس للمحافظة على أصل المال ، ولتشجيعهم على استثماره وليست هناك حاجة تدعو إلى ضمان حصته من الربح ، كما أن مثل هذا الضمان يشابه المراباة التي تقوم على أساس ضمان الأصل مع زيادة.." (١)

"الطريقة الأولى: توزيع دفعات على الحسابالنسبة للطريقة الأولى التي يتم فيها توزيع دفعات على الحساب إلى أن تتم التصفية النهائية للصندوق ، فقد أجازها الشافعية والحنابلة طالما أن الربح لا يستقر بالقسمة بحيث تجبر أي خسارة لاحقة بالربح الأول الموزع لأن الربح كما ذكروا يجب أن يكون وقاية لرأس المال.وقد عرضت في إحدى ندوات البركة مسألة التزام المضارب بدفع نسبة ثابتة من رأس المال للبنك [بصفته رب المال] على حساب الأرباح على أن تتم التسوية والسداد لاحقا؟ وصدرت الفتوى التالية:" لا مانع شرعا من التزام المضارب بأن يدفع للبنك نسبة ثابتة من رأسمال المضاربة على حساب الأرباح على أن تتم التسوية لاحقا مع التزام البنك بتحمل الخسارة إذا وقعت ".وفي نفس هذا الموضوع ، بحثت الحلقة العلمية الأولى للبركة مسألة توزيع الدخل التشغيلي بنسبة تحت الحساب إلى حين التنضيض وأصدرت الفتوى التالية:" إذا كان موضوع المضاربة أصولا تدر دخلا جاز الاتفاق على توزيع هذا الدخل بين المضارب ورب المال بنسبة معينة تحت الحساب ، وعلى توزيع ما ينتج من ربح عند بيعها بنسبة أخرى ، وإذا بيع الأصل بأقل من ثمن شرائه فإن هذا النقصان يجبر من الدخل التشغيلي ".كما تم إقرار هذا المبدأ في الفتوى الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي في القرار رقم٥ الذي بين المسألة بكل وضوح كالآتي:" يستحق الربح بالظهور ، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة.وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فانه يجوز أن توزع غلته.وما يوزع على **طرفي العقد** قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب ".الطريقة الثانية: توزيع الربح بشكل نهائي في فترات دوريةأما بخصوص الطريقة الثانية التي يوزع فيها الربح بشكل نهائي في فترات دورية محددة بحيث تكون كل دورة من دورات توزيع الأرباح مستقلة عن الأخرى دون اللجوء إلى التصفية الفعلية للصندوق نفسه ، فإننا نواجه هنا بعض العقبات والإشكالات الشرعية حيث يشترط في الفقه الإسلامي توافر شرطين لكي يستقر ملك الطرفين في حصتهما من الربح ، وهما:- شرط تنضيض مال المضاربة (تصفية المضاربة) .- شرط قبض رب المال لأصل ماله (استعادة

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٩٨/٢

رأس المال) .ومن المعلوم أنه في الصناديق الاستثمارية متوسطة وطويلة الأجل – التي توزع فيها الأرباح دوريا – يتعذر عمليا القيام في نهاية كل دورة بالتصفية الكلية لجميع مكونات الصندوق كما يتعذر إعادة كل رأس مال الصندوق لأصحابه.فكيف إذن عالج الفقهاء المعاصرون هذه المسألة؟بالنسبة لشرط التنضيض الفعلي لكامل مشاريع المضاربة فقد عالج الفقهاء المعاصرون هذه المسألة باعتبار التنضيض الحكمي أو التقديري أو ما يسمى كذلك بالتقويم بديلا عن التنضيض الفعلي أو الحقيقي.وبذلك فإنه يمكن تعويض مبدأ التنضيض الفعلي – الذي يستوجب تصفية كامل مشاريع المضاربة وتحويلها إلى نقود – بمبدأ التنضيض الحكمي الذي يتمثل في التقويم الدقيق من قبل خبراء مختصين لكامل مشروعات المضاربة بحيث يؤدى هذا التقويم إلى معرفة الربح حقيقة كما لو تم تصفية المضاربة. وقد صدر في هذا قرار من مجمع الفقه الإسلامي الذي ينص على:" أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي ، وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة.ويعرف مقدار الربح إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد ، وما زاد عن رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة ، وفقا لشروط العقد ".هذا وقد كانت الفتوى الصادرة عن الحلقة العلمية الثانية للبركة في غاية الدقة والوضوح بخصوص التنضيض الحكمي أو التقديري حيث نصت على أن:" للتنضيض الحكمي بطريق التقويم في الفترات الدورية خلال مدة عقد المضاربة حكم التنضيض الفعلي لمال المضاربة ، شريطة أن يتم التقويم وفقا للمعايير المحاسبية المتاحة ويجوز شرعا توزيع الأرباح التي يظهرها التقويم ، كما يجوز تحديد أسعار تداول الوحدات بناء على هذا التقويم ".وبما أن المشاركات في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية أصبحت مرتبطة بدورات زمنية محددة ومستمرة نظرا للطابع الجماعي في المستثمرين والمخارجة بينهم ، فقد تعين اعتبار بديل للتنضيض الفعلى في هذه الحالات وهو التنضيض التقديري (التقويم) ، حيث أن الرجوع للقيمة يعتبر مبدأ شرعيا في كثير من التطبيقات الفقهية كما في الغصب ، وتعذر الالتزام بالمثل فيصار للقيمة ، وكذلك في جزاء محظورات الحج والصيد ، وغيرها ".أما بخصوص شرط القبض فإن فيما ذكره الإمام أحمد بن حنبل من المحاسبة التي اعتبرها كالقبض ، في ذلك مخرجا للمسألة المطروحة.ونقتطف هنا بعض ما جاء في كتاب المغني:" قال ابن المنذر:إذا اقتسما الربح ولم يقبض رب المال رأس ماله فأكثر أهل العلم يقولون برد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله. ولنا على جواز القسمة أن المال لهما فجاز لهما أن يقتسما بعضه كالشريكين أو نقول أنهما شريكان فجاز لهما قسمة الربح قبل المفاصلة كشريكي العنان. قال أبو طالب قيل لأحمد:رجل دفع إلى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع ، فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ثم

قال له اذهب فاعمل بها فربح؟ قال يقاسمه ما فوق الألف يعني إذا كانت الألف ناضة حاضرة إن شاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كالقبض فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها إليه ".وعليه ، لا يشترط إعادة كل رأس مال الصندوق لأصحابه في نهاية كل دورة من دورات توزيع الأرباح ، بل يجوز الاكتفاء بإجراء محاسبة دقيقة لكافة مشروعات الصندوق تمكن من تحديد نصيب مختلف الأطراف من الأرباح ، فيقوم هذا الحساب مقام القبض خاصة وأن أرباب المال يكون لهم الخيار بين سحب أموالهم والخروج من الصندوق أو تجديد التعاقد تلقائيا بالاستمرار والبقاء في الصندوق ، وبذلك تعتبر كل دورة من دورات توزيع الأرباح مضاربة مستقلة ومنفصلة عن الأخرى.." (١)

"الحلقة العلمية الأولى للبركة الفتوى الرابعةتوزيع الدخل التشغيلي بنسبة تحت الحساب إلى حين التنضيض إذا كان موضوع المضاربة أصولا تدر دخلا جاز الاتفاق على توزيع هذا الدخل بين المضارب ورب المال بنسبة معينة تحت الحساب ، وعلى توزيع ما ينتج من ربح عند بيعها بنسبة أخرى ، وإذا بيع الأصل بأقل من ثمن شرائه فإن هذا النقصان يجبر من الدخل التشغيلي.مجمع الفقه الإسلامي القرار رقم (٥) الدورة الرابعةيعرف الربح بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع وما يوزع قبل التنضيض يعتبر دفعات على الحساب٦ / ب – أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي ، وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة.ويعرف مقدار الربح ، إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد ، وما زاد عن رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة ، وفقا لشروط العقد.ج – أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلنا وتحت تصرف حملة الصكوك.٧ – يستحق الربح بالظهور ، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة.وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته.وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.الحلقة العلمية الثانية للبركة الفتوى الثانيةالتنضيض الحكمي بطريق التقويم الدوري بغرض توزيع الأرباح أو تحديد أسعار تداول الوحداتأللتنضيض الحكمي بطريق التقويم في الفترات الدورية خلال مدة عقد المضاربة حكم التنضيض الفعلي لمال المضاربة ، شريطة أن يتم التقويم وفقا للمعايير المحاسبية المتاحة.ب يجوز شرعا توزيع الأرباح التي يظهرها التقويم ، كما يجوز تحديد أسعار تداول الوحدات بناء على هذا التقويم.المستشار الشرعي لمجموعة البركة الجزء ٢ الفتوى رقم (١٠٤)مشروعية التنضيض التقديري كبديل عن التنضيض الفعلي المراد بالتنضيض تحويل البضائع إلى نقد أي نقود (سيولة) والتنضيض هو الأصل الشرعي لإمكانية

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ١١٢/٢

حساب ربح المشاركة والمضاربة لأنه يتوقف عليه استرجاع القدر الفعلي لرأس مال المشاركة من النقود واحتساب ما زاد عليه ربحا إجماليا ، يتحول بعد إخراج المصاريف إلى ربح صاف قابل للتوزيع.وبما أن المشاركات في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية أصبحت مرتبطة بدورات زمنية محددة ومستمرة ، نظرا للطابع الجماعي في المستثمرين والمخارجة بينهم فقد تعين اعتبار بديل للتنضيض الفعلي في هذه الحالات وهو التنضيض التقديري (التقويم) ، حيث إن الرجوع للقيمة يعتبر مبدأ شرعيا في كثير من التطبيقات الفقهية كما في الغصب وتعذر الالتزام بالمثل فيصار للقيمة وكذلك في جزاء محظورات الحج والصيد وغيرها.المستشار الشرعي لمجموعة البركة الجزء ٢ الفتوى رقم (١٠٦)تقسيم فائض التقييم إلى عنصرين (قابل للتوزيع وغير قابل (إن أصل فكرة التقييم تستند إلى اعتماد مبدأ القيمة السوقية وبما أن بعض الظروف الخارجية غير السوية قد تجعل تلك القيمة السوقية غير واقعية أي لا يتاح البيع بها ، فإن إيجاد مخصص ناتج عن إعادة التقويم للتحوط في سلامته وعدمها محقق لدقة التقييم ، ليكون أقرب للواقع ما أمكن وقد جرى العمل على ذلك في المصارف الإسلامية.أما الفكرة المطروحة وهي عدم إيجاد مخصص ، لكن يقسم فائض التقييم إلى عنصرين أحدهما قابل للتوزيع ، أي يحسب في عمليات الخروج والدخول ، والآخر غير قابل للتوزيع ، أي يحسب للداخل دون الخارج فإن هذا الطريقة ينطبق عليها نفس مبدأ (المخصص) مع سهولة العمل بها.ولا بد أيضا من تحرى الدقة في كل من استخراج الفائض وتقسيمه إلى العنصرين المشار إليهما.." (١)

"صدور القبول والإيجاب من شخص واحدالمصدر: كتاب الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية بيت التمويل الكويتي فتوى رقم (٢٠) السؤال:أولا: هل يجوز تعيين وسيط يكون وكيلا عن البائع والمشترى في نفس الوقت؟ثانيا: وهل يجوز أن يقوم هذا الوسيط بالشراء والبيع دون إعلام المشتري أو البائع عن الجهة التي اشترى البضاعة منها أو الجهة التي باعها إليها وهل يشترط أن يكون السعر المتفق عليه محددا من قبل أحد الطرفين وتكون هذه التعليمات المسبقة منهما؟الجواب:أولا: أجاز بعض الفقهاء أن الشخص الواحد يمكن أن يتولى **طرفي العقد** وتيسيرا على الناس لا بأس من الأخذ بهذا الرأيثانيا: الوكيل كالأصيل فيما فوض فيه فإن كانت الوكالة عامة فتصرفاته عن الموكل نافذة عليه وإن كانت خاصة فهو مقيد بما خصصت به الوكالة فإن عين الأصيل جهة ما للشراء منها أو البيع لها أو حدد ثمنا للبيع أو الشراء أو حدد

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ١١٣/٢

مكانا أو زمانا تقيد تصرف الوكيل في حدود هذه الوكالة وإلا كان متصرفا لنفسه ولا ينفذ تصرفه على الموكل." (١)

"أحكام سندات المقارضةأحكام عامة لسندات المقارضةالمصدر: منظمة المؤتمر الإسلامي مجمع الفقه الإسلامي قرارات وتوصيات مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدورة الأولى حتى الدورة الثامنة قرار رقم (٥)السؤال:بعد الاطلاع على الأبحاث المقدمة في موضوع (سندات المقارضة وسندات الاستثمار) والتي كانت حصيلة الندوة التي أقامها المجمع بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية بتاريخ ٦ / ٩ من محرم ١٤٠٨ هجرية تنفيذا لقرار رقم (١٠) المتخذ في الدورة الثالثة للمجمع وشارك فيها عدد من أعضاء المجمع وخبرائه وباحثي المعهد وغيره من المراكز العلمية والاقتصادية وذلك للأهمية البالغة لهذا الموضوع وضرورة استكمال جميع جوانبه للدور الفعال لهذه الصيغة في زيادة القدرات على تنمية الموارد العامة عن طريق اجتماع المال والعمل وبعد استعراض التوصيات العشر التي انتهت إليها الندوة ومناقشتها في ضوء الأبحاث المقدمة في الندوة وغيرهاالجواب:قرر المجلس ما يلي:أولا: من حيث الصيغة المقبولة شرعا لصكوك المقارضةأسندات المقارضة هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصا شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه بنسبة ملكية كل منهم فيه ويفضل تسمية هذه الأداة الاستثمارية (صكوك المقارضة)ب الصورة المقبولة شرعا لسندات المقارضة بوجه عام لا بد أن تتوافر فيها العناصر التالية:العنصر الأول أن يمثل الصك ملكية حصة شائعة في المشروع الذي أصدرت الصكوك لإنشائه أو تمويله وتستمر هذه الملكية طيلة المشروع من بدايته إلى نهايته وترتب عليها جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعا للمالك في ملكه من بيع وهبة ورهن وإرث وغيرها مع ملاحظة أن الصكوك تمثل رأس مال المضاربةالعنصر الثاني يقوم العقد في صكوك المقارضة على أساس أن شروط التعاقد تحددها (نشرة الإصدار) وأن (الإيجاب) يعبر عنه الاكتتاب في هذه الصكوك وأن (القبول) تعبر عنه موافقة الجهة المصدرة ولا بد أن تشتمل نشرة الإصدار على جميع البيانات المطلوبة شرعا في عقد القراض (المضاربة) من حيث بيان معلومية رأس المال وتوزيع الربح مع بيان الشروط الخاصة بذلك الإصدار على أن تتفق جميع الشروط مع الأحكام الشرعيةالعنصر الثالث أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك مأذونا فيه من المضارب عند نشوء السندات

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ١٠/٣

مع مراعاة الضوابط التالية:أإذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقودا فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرفب – إذا أصبح مال القراض ديونا تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام تداول التعامل بالديونج – إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقا للسعر المتراضى عليه على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعيانا ومنافع أما إذا كان الغالب نقودا أو ديونا فتراعي في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة وفي جميع الأحوال يتعين تسجيل التداول أصوليا في سجلات الجهة المصدرةالعنصر الرابع أن من يتلقى حصيلة الاكتتاب في الصكوك لاستثمارها وإقامة المشروع بها هو المضارب أي عامل المضاربة ولا يملك من المشروع إلا بمقدار ما قد يسهم به بشراء بعض الصكوك فهو رب مال بما أسهم به بالإضافة إلى أن المضارب شريك في الربح بعد تحققه بنسبة الحصة المحددة له في نشرة الإصدار وتكون ملكيته في المشروع على هذا الأساس وأن يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصكوك وعلى موجودات المشروع هي يد أمانة لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضمان الشرعيةد – مع مراعاة الضوابط السابقة في التداول: يجوز تداول سندات المقارضة في أسواق الأوراق المالية إن وجدت بالضوابط الشرعية وذلك وفقا لظروف العرض والطلب ويخضع لإرادة العاقدين كما يجوز أن يتم التداول بقيام الجهة المصدرة في فترات دورية معينة بإعلان أو إيجاب يوجه إلى الجمهور تلتزم بمقتضاه خلال مدة محددة بشراء هذه الصكوك من ربح مال المضاربة بسعر معين ويحسن أن تستعين في تحديد السعر بأهل الخبرة وفقا لظروف السوق والمركز المالي للمشروع كما يجوز الإعلان عن الالتزام بالشراء من غير الجهة المصدرة من مالها الخاص على النحو المشار إليهه – لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمنا بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثلو لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقا أو مضافا للمستقبل وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعدا بالبيع وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء وبرضا الطرفيني – لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصا يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد باطلا ويترتب على ذلك:أ – عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليهاب – أن محل

القسمة هو الربح بمعناه الشرعي وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة ويعرف مقدار الربح إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد وما زاد عن رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة وفقا لشروط العقدج – أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلنا وتحت تصرف حملة الصكوك٧ – يستحق الربح بالظهور ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب٨ – ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود التنضيض الدوري وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال٩ – ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقدثانيا: استعرض مجلس المجمع أربع صيغ أخرى اشتملت عليها توصيات الندوة التي أقامها المجمع وهي مقترحة للاستفادة منها في إطار تعمير الوقف واستثماره دون الإخلال بالشروط التي يحافظ فيها على تأبيد الوقف وهي:أإقامة شركة بين جهة الوقف بقيمة أعيانه وبين أرباب المال بمال يوظفونه لتعمير الوقفب تقديم أعيان الوقف (كأصل ثابت إلى من يعمل فيها بتعميرها من ماله بنسبة من الريع)ج تعمير الوقف بعقد الاستصناع مع المصاريف الإسلامية لقاء بدل من الريعد إيجار الوقف بأجرة عينية هي البناء عليها وحده أو مع أجرة يسيرة وقد اتفق رأي مجلس المجمع مع توصية الندوة بشأن هذه الصيغ من حيث حاجتها إلى مزيد من البحث والنظر وعهد إلى الأمانة العامة الاستكتاب فيها مع البحث عن صيغ شرعية أخرى للاستثمار وعقد ندوة لهذه الصيغ لعرض نتائجها على المجمع في دورته القادمة." (١)

"أحكام عامة عن الوكالة في المرابحةالمصدر: كتاب الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية الجزء الأول إدارة التطوير والبحوث مجموعة دله البركة فتوى رقم (٥٩)السؤال:نرجو إفتاءنا هل يجوز الوكالة للعميل

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٢٠٢/٣

والحالات المحتملة في المرابحة والاعتماد المستندي؟الجواب:أولا: إذا أعطت الشركة عميلا توكيلا للاستيراد باسمها ولصالحها فإنه لا مانع من أن يكون الاعتماد باسم العميل لأنه يقوم بالشراء مباشرة باسمه ولكن لصالح الموكل ومن حق الوكيل أن يتعاقد باسمه وله أن يصرح بأنه وكيل أو لا يصرح بذلك ثم عند وصول المستندات يتم عقد المرابحة بين الشركة بصفتها مالكا وبائعا وبين العميل بصفته مشتريا وذلك بعد أن يخبر الشركة بإتمام تنفيذ الوكالة أي بحصول ملك الشركة للسلعةثانيا: إذا أعطت الشركة وكالة للعميل لكي يشتري سلعة لصالح الشركة ثم يبيع تلك السلعة لنفسه وكان ثمن البيع محددا من قبل الشركة فإن ذلك جائز أيضا ويكون الوكيل قد تولى **طرفي العقد** فإن الوكيل تكون له صفتان:صفة الوكيل عن الشركة بالبيع لنفسه أو لمن شاء بثمن محدد وصفة الأصيل عن نفسه للشراء ولكن لا بد من أن يرسل الوكيل (في هذه الحالة أيضا) إشعارا بأنه أنجز الوكالة وبأنه اشترى السلعة لنفسه ليحصل الفاصل بين الضمانين ولا يقع التداخل بين الضمانين المتتاليين أي ضمان الموكل (الشركة) ما بين فترة إنجاز الوكالة ولحظة البيع من الوكيل لنفسه وبين ضمان المشترى (الوكيل سابقا) لأنه بمجرد البيع لنفسه تدخل السلعة في ضمانه فإذا تلفت تتلف على حسابهلذا عليه أن يرسل إشعارا مؤرخا بأنه أنجز الوكالة ثم باع لنفسه وهذه الصورة غير مستحسنة بالرغم من جوازها وكونها جاءت في توصيات ندوة البركة الأولى في الفتاوي لأن دور الشركة يختفي تقريبا وتتعرض مصالحها للخطر إذ ربما يتملك الوكيل السلعة ويتأخر في الإشعار بالشراء وتتلف فيضيف التلف إلى الفترة التي كان فيها وكيلا ويدعى أنها أمانة لتحميل ضمانها على الشركةثالثا: إن إعطاء العميل سقفا ائتمانيا للمرابحة مع وكالة لشراء بضائع محليا إلخ يجب أن ترتب على المراحل التالية لضمان شرعيتها:(أ) كتاب لمنح الائتمان وقيوده مع الدراسة والمستندات المتعلقة بذلك هذه كلها عبارة عن مواعدات(ب) بإبرام اتفاق كإطار عام يبين خطوات التنفيذ ويشار فيه للشروط العامة للتعامل كما يشار للمواعدة والأمر بالشراء وللوكالة المزمع عقدها والمرابحة التي ستعقد في حينها إلخ وهذا الاتفاق أيضا عبارة عن مواعدة وشروط يحال إليها العقود اللاحقة(ج) توقيع العميل أمرا بالشراء وإبرام وكالة بين الشركة وبينه للشراء لصالحها(د) وإعطاء الشيك لأمر العميل لتنفيذ الوكالة بالشراء لصالح الشركة ولا مانع من قيام العميل بتنفيذ الشراء باسمه لأنه وكيل ومن حقه ذلك(هـ) بعد تنفيذ الوكالة لابد من إبرام عقد مرابحة يشترى فيه العميل ما أصبح مملوكا للشركة بالثمن المحدد في المرابحة ويمكن إبرام عقد المرابحة هذا بتبادل إشعارين يتضمن الأول إشارة العميل لتنفيذ الوكالة وشرائه البضائع من الشركةويتضمن الرد من الشركة بيعها البضاعة للعميل بالمرابحة مع تحديد الثمن والربح وهذا وإن الاكتفاء بتوقيع العميل على فاتورة منه بأنه المشترى

(وتوقيع الشركة على الفاتورة بأنها البائع) لا يكفي فلا بد من المستند الصريح بإجراء الشراء والبيع سواء بالتوقيع على عقد خاص بذلك (عقد مرابحة) أو تبادل إيجاب وقبول بمضمون المرابحة (كما في البند هـ) وهذه المبادئ المبينة لا بد أن يتلوها تنظيم عقود ومستندات طبقا لها وإرسالها لاعتمادهاالمصدر: كتاب الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية الجزء الأول إدارة التطوير والبحوث مجموعة دله البركة فتوى رقم (٦٠)السؤال:نرجو إفتاءنا هل يجوز تمويل عملاء بنك ربوي عن طريقه بعقود مرابحة؟الجواب:إن هذه الطريقة من الناحية النظرية يمكن أن تستوفي الخطوات اللازمة المبينة باختصار لشرعية المرابحة وهى توكيل البنك للعميل بالشراء ثم البيع لنفسه مرابحة وإعلام البنك وهى تشبه ما يتم عن طريق توكيل البنوك العالمية وشركاتها بالشراء ثم البيع لعملائها أو لنفسها وفي فتاوى ندوات البركة (إذا كان الوكيل يبيع لنفسه فإن البيع يجوز إذا كان الثمن محددا من الموكل) إلا أن التطبيق العملي مشوب باحتمالات الصورية وتحويل العملية إلى إقراض بفائدة مما يقتضي مراعاة أكبر قدر من التدقيق بمثل:أن يكون تسليم المال للبائع وليس للعميل أي يقتصر دور العميل على التعاقد شراء ثم بيعا لنفسه لكن تسليم الثمن يتم مباشرة من البنك إلى البائع قيام فاصل ولو قصير بين الشراء والبيع بإرسال تلكس أو فاكس بأن الشراء بالوكالة قد تم ثم باع الوكيل لنفسه لكى لا يتداخل ضمان الطرفين البائع بالمرابحة والعميل أو الوكيل المشتري بالمرابحة وبالنسبة للقضية المعروضة لا بد من تحديد الأدوار التي يقوم بها كل من العميل والبنك الربوي والبنك الإسلامي فإذا كانت العلاقة بين العميل والبنك الربوي هي المرابحة فما دور البنك الإسلامي؟ وما الذي يعود عليه من ربح وبأي سبب؟فإما أن يقوم البنك الربوي بدور الوكيل للبنك الإسلامي بعمولة ويدير المرابحة عن طريق عميله ويكون الربح كله للبنك الإسلامي وإما أن تتم المرابحة بين البنك الإسلامي وعميل البنك الربوي ويكون دور البنك الربوي هو الوساطة بعمولة أي السمسرة وتحصيل عملاء وفي جميع الأحوال يتم تسليم المال مباشرة من البنك الإسلامي للبائع الذي تعامل معه العميل ويطالب بين فترة وأخرى بمستندات العمليات للتثبت من حقيقة التعامل وواقعيته لوجود الاحتمال المعاكس وإما أن يبرم عقد مضاربة بين البنك الإسلامي (رب المال) وبين البنك الربوي (المضارب) مع تأكيد التعليمات بالتزام التعامل الشرعي في تنفيذ العقد ومراقبة التنفيذ فضلا عن المحاسبة والمراقبة المالية." (١)

"توكيل الآمر بالشراءالمصدر: كتاب الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية الجزء الأول إدارة التطوير والبحوث مجموعة دله البركة فتوى رقم (٥٩)السؤال:نرجو إفتاءنا هل يجوز الوكالة للعميل والحالات

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٢٨٢/٣

المحتملة في المرابحة والاعتماد المستندي؟الجواب:أولا: إذا أعطت الشركة عميلا توكيلا للاستيراد باسمها ولصالحها فإنه لا مانع من أن يكون الاعتماد باسم العميل لأنه يقوم بالشراء مباشرة باسمه ولكن لصالح الموكل ومن حق الوكيل أن يتعاقد باسمه وله أن يصرح بأنه وكيل أو لا يصرح بذلك ثم عند وصول المستندات يتم عقد المرابحة بين الشركة بصفتها مالكا وبائعا وبين العميل بصفته مشتريا وذلك بعد أن يخبر الشركة بإتمام تنفيذ الوكالة أي بحصول ملك الشركة للسلعةثانيا: إذا أعطت الشركة وكالة للعميل لكي يشتري سلعة لصالح الشركة ثم يبيع تلك السلعة لنفسه وكان ثمن البيع محددا من قبل الشركة فإن ذلك جائز أيضا ويكون الوكيل قد تولى طرفي العقد فإن الوكيل تكون له صفتان:صفة الوكيل عن الشركة بالبيع لنفسه أو لمن شاء بثمن محدد وصفة الأصيل عن نفسه للشراء ولكن لا بد من أن يرسل الوكيل (في هذه الحالة أيضا) إشعارا بأنه أنجز الوكالة وبأنه اشترى السلعة لنفسه ليحصل الفاصل بين الضمانين ولا يقع التداخل بين الضمانين المتتاليين أي ضمان الموكل (الشركة) ما بين فترة إنجاز الوكالة ولحظة البيع من الوكيل لنفسه وبين ضمان المشترى (الوكيل سابقا) لأنه بمجرد البيع لنفسه تدخل السلعة في ضمانه فإذا تلفت تتلف على حسابهلذا عليه أن يرسل إشعارا مؤرخا بأنه أنجز الوكالة ثم باع لنفسه وهذه الصورة غير مستحسنة بالرغم من جوازها وكونها جاءت في توصيات ندوة البركة الأولى في الفتاوي لأن دور الشركة يختفي تقريبا وتتعرض مصالحها للخطر إذ ربما يتملك الوكيل السلعة ويتأخر في الإشعار بالشراء وتتلف فيضيف التلف إلى الفترة التي كان فيها وكيلا ويدعى أنها أمانة لتحميل ضمانها على الشركةثالثا: إن إعطاء العميل سقفا ائتمانيا للمرابحة مع وكالة لشراء بضائع محليا إلخ يجب أن ترتب على المراحل التالية لضمان شرعيتها:(أ) كتاب لمنح الائتمان وقيوده مع الدراسة والمستندات المتعلقة بذلك هذه كلها عبارة عن مواعدات(ب) بإبرام اتفاق كإطار عام يبين خطوات التنفيذ ويشار فيه للشروط العامة للتعامل كما يشار للمواعدة والأمر بالشراء وللوكالة المزمع عقدها والمرابحة التي ستعقد في حينها إلخ وهذا الاتفاق أيضا عبارة عن مواعدة وشروط يحال إليها العقود اللاحقة(ج) توقيع العميل أمرا بالشراء وإبرام وكالة بين الشركة وبينه للشراء لصالحها(د) وإعطاء الشيك لأمر العميل لتنفيذ الوكالة بالشراء لصالح الشركة ولا مانع من قيام العميل بتنفيذ الشراء باسمه لأنه وكيل ومن حقه ذلك(هـ) بعد تنفيذ الوكالة لابد من إبرام عقد مرابحة يشترى فيه العميل ما أصبح مملوكا للشركة بالثمن المحدد في المرابحة ويمكن إبرام عقد المرابحة هذا بتبادل إشعارين يتضمن الأول إشارة العميل لتنفيذ الوكالة وشرائه البضائع من الشركة ويتضمن الرد من الشركة بيعها البضاعة للعميل بالمرابحة مع تحديد الثمن والربحوهذا وإن الاكتفاء بتوقيع العميل على فاتورة منه بأنه المشترى (وتوقيع

الشركة على الفاتورة بأنها البائع) لا يكفي فلا بد من المستند الصريح بإجراء الشراء والبيع سواء بالتوقيع على عقد خاص بذلك (عقد مرابحة) أو تبادل إيجاب وقبول بمضمون المرابحة (كما في البند هـ) وهذه المبادئ المبينة لا بد أن يتلوها تنظيم عقود ومستندات طبقا لها وإرسالها لاعتمادهاالمصدر: كتاب الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية الجزء الأول إدارة التطوير والبحوث مجموعة دله البركة فتوى رقم (٦٠)السؤال:نرجو إفتاءنا هل يجوز تمويل عملاء بنك ربوي عن طريق بعقود مرابحة؟الجواب:إن هذه الطريقة من الناحية النظرية يمكن أن تستوفي الخطوات اللازمة المبينة باختصار لشرعية المرابحة وهى توكيل البنك للعميل بالشراء ثم البيع لنفسه مرابحة وإعلام البنك وهى تشبه ما يتم عن طريق توكيل البنوك العالمية وشركاتها بالشراء ثم البيع لعملائها أو لنفسها وفي فتاوى ندوات البركة (إذا كان الوكيل يبيع لنفسه فإن البيع يجوز إذا كان الثمن محددا من الموكل)إلا أن التطبيق العملي مشوب باحتمالات الصورية وتحويل العملية إلى إقراض بفائدة مما يقتضي مراعاة أكبر قدر من التدقيق بمثل: أن يكون تسليم المال للبائع وليس للعميل أي يقتصر دور العميل على التعاقد شراء ثم بيعا لنفسه لكن تسليم الثمن يتم مباشرة من البنك إلى البائع قيام فاصل ولو قصير بين الشراء والبيع بإرسال تلكس أو فاكس بأن الشراء بالوكالة قد تم ثم باع الوكيل لنفسه لكى لا يتداخل ضمان الطرفين البائع بالمرابحة والعميل أو الوكيل المشتري بالمرابحةوبالنسبة للقضية المعروضة لا بد من تحديد الأدوار التي يقوم بها كل من العميل والبنك الربوي والبنك الإسلامي فإذا كانت العلاقة بين العميل والبنك الربوي هي المرابحة فما دور البنك الإسلامي؟ وما الذي يعود عليه من ربح وبأي سبب؟فإما أن يقوم البنك الربوي بدور الوكيل للبنك الإسلامي بعمولة ويدير المرابحة عن طريق عميله ويكون الربح كله للبنك الإسلامي وإما أن تتم المرابحة بين البنك الإسلامي وعميل البنك الربوي ويكون دور البنك الربوي هو الوساطة بعمولة أي السمسرة وتحصيل عملاء وفي جميع الأحوال يتم تسليم المال مباشرة من البنك الإسلامي للبائع الذي تعامل معه العميل ويطالب بين فترة وأخرى بمستندات العمليات للتثبت من حقيقة التعامل وواقعيته لوجود الاحتمال المعاكسوإما أن يبرم عقد مضاربة بين البنك الإسلامي (رب المال) وبين البنك الربوي (المضارب) مع تأكيد التعليمات بالتزام التعامل الشرعي في تنفيذ العقد ومراقبة التنفيذ فضلا عن المحاسبة والمراقبة الماليةالمصدر: فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي فتوى رقم (٣٩)السؤال:إذا رغب أحد عملاء مصرف قطر الإسلامي استيراد بضاعة من أوروبا وإرسالها إلى السعودية مثلا فهل يجوز للمصرف توكيل المشتري أو أحد موظفيه لاستلام البضاعة وتسليمها حسب الأصول الشرعية مع تحميل العميل كافة المصاريف المتعلقة بذلك؟الجواب:لا يجوز للمصرف الإسلامي أن يقوم

بتوكيل العميل الآمر بالشراء وإنما يجوز توكيل مكتب تخليص بضائع وتكون مصاريف التخليص جزءا من التكلفة الكليةالمصدر: فتاوى هيئة الرقابة الشرعية للبنك الإسلامي لغرب السودان فتوى رقم (١٣)السؤال:عميل أمر البنك بشراء مواد وبيعها له عن طريق المرابحة فهل يجوز للبنك أن يوكل الآمر بالشراء في أن يسلمه المبلغ المطلوب نقدا ويطلب منه أن يذهب ويشتري المواد التي يطلبها من الطرف الثالث؟الجواب:لا يجوز أن يعطى العميل نقدا لشراء البضاعة التي يطلبها عن طريق المرابحة بل لابد أن يشتري البنك البضاعة ويصبح مالكا لها ثم يبيعها لهالمصدر: فتاوى حلقات رمضان الفقهية (الحلقة الأولى والثانية والثالثة) إدارة التطوير والبحوث مجموعة دله البركة فتوى رقم (٧)السؤال:هل يجوز توكيل المصرف للآمر بالشراء في بيع المرابحة؟الجواب:في ضوء التوصية الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي بجدة (قرار رقم التوصية الخامسة) ونصها (التقليل ما أمكن من استخدام أسلوب المرابحة للآمر بالشراء وقصرها على التطبيقات التي تقع تحت رقابة المصرف ويؤمن فيها وقوع المخالفة للقواعد الشرعية التي تحكمها والتوسع في مختلف الصيغ الاستثمارية الأخرى من المضاربة والمشاركات والتأجير مع الاهتمام بالمتابعة والتقويم الدوري وينبغي الاستفادة من مختلف الحالات المقبولة في المضاربة مما يتيح ضبط عمل المضاربة ودقة المحاسبة لنتائجها)وبعد اطلاع اللجنة على الفتوى الأولى لندوة البركة الأولى (رقم ١٥) بجواز التوكيل لشخص بشراء سلعة معينة ثم بيعها لنفسه بالثمن المحدد من الموكل رأت أن تلك الفتوى هي في التوكيل بوجه عام في البيع المطلق وأنها لا تتناول حالة توكيل المصرف لعملية الآمر بالشراء في بيع المرابحة ذلك لأن لبيع المرابحة اعتبارات خاصة يختلف بها عن البيع المطلق حيث يجب أن يكون للمصرف فيه دور بارز أساسي في شراء السلعة لنفسه أولا وتسلمها ثم بيعها للآمر بالشراء للابتعاد عن صورة التمويل الربوي ولكيلا تختفي صورة الضمان الذي يحل به الربح لذا رأت اللجنة الأخذ بالرأي القائل بعدم جواز هذا التوكيل بخصوص بيع المرابحة للآمر بالشراء." (١)

"تولي الوكيل عمليتي الشراء والبيعالمصدر: كتاب الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية بيت التمويل الكويتي فتوى رقم (٢٠)السؤال:أولا هل يجوز تعيين وسيط يكون وكيلا عن البائع والمشترى في نفس الوقت؟ثانيا وهل يجوز أن يقوم هذا الوسيط بالشراء والبيع دون إعلام المشتري أو البائع عن الجهة التي اشترى البضاعة منها أو الجهة التي باعها إليها وهل يشترط أن يكون السعر المتفق عليه محددا من قبل أحد الطرفين وتكون هذه التعليمات المسبقة منهما؟الجواب:أولا أجاز بعض الفقهاء أن الشخص

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٢٨٣/٣

الواحد يمكن أن يتولى طرفي العقد وتيسيرا على الناس لا بأس من الأخذ بهذا الرأيثانيا الوكيل كالأصيل فيما فوض فيه فإن كانت الوكالة عامة فتصرفاته عن الموكل نافذة عليه وإن كانت خاصة فهو مقيد بما خصصت به الوكالة فإن عين الأصيل جهة ما للشراء منها أو البيع لها أو حدد ثمنا للبيع أو الشراء أو حدد مكانا أو زمان، تقيد تصرف الوكيل في حدود هذه الوكالة وإلا كان متصرفا لنفسه ولا ينفذ تصرفه على الموكلالمصدر: كتاب الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية بيت التمويل الكويتي فتوى رقم (٢٣٤)السؤال:هل يجوز توكيل شخص واحد بكل من عمليتي الشراء لبيت التمويل الكويتي ثم البيع إلى العميل بالأجل؟الجواب:لا مانع شرعا من قيام شخص واحد بالوكالة في الشراء ثم البيع مرابحة أو غيرهاالمصدر: كتاب الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية بيت التمويل الكويتي فتوى رقم (٤٢٢)السؤال:يرجى إفادتنا عن جواز قيام بيت التمويل بصفته مديرا لبعض المحافظ الخاصة (مثل المحافظ العقارية) بالبيع والشراء بين هذه المحافظ وبين المحفظة العامة لبيت التمويل مثال يقوم بيت التمويل الكويتي بصفته مديرا للمحفظة العقارية بشراء أو بيع بعض العقارات لصالح هذه المحفظة فهل يجوز له أن يشتري مثلا بناية تملكها المحفظة العامة لبيت التمويل ويقوم هو بتحديد سعرها؟الجواب:يجوز لبيت التمويل الكويتي أن يكون وكيلا بالبيع من عقار مملوك له وأن يكون وكيلا للمشترين الملاك في المحفظة العقاريةالمصدر: كتاب الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية بيت التمويل الكويتي فتوى رقم (٤٢٥)السؤال:هل يجوز للوكيل أن يبيع إلى موكله بضاعة تخص الوكيل بدون معرفة الموكل بأن البضاعة (تخص الوكيل) مع العلم أن الموكل أذن له مسبقا بذلك؟الجواب:يجوز للوكيل أن يبيع إلى موكله بضاعة تخص الوكيل إذا كان الثمن محددا بالاتفاق بين الوكيل والموكل أو إذا كان هناك أساس للحد الأعلى في الشراء والحد الأدنى للبيع والتزام الوكيل بذلك الأساس حيث تندفع في هاتين الحالتين تهمة محاباة الوكيل لنفسهالمصدر: فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي فتوى رقم (٧٣)السؤال:هل يجوز توكيل شخص واحد لكل من عمليتي الشراء والبيع للعملاء؟الجواب:إجابة الشيخ بدر المتولي عبد الباسط لا مانع شرعا من قيام شخص واحد أو جهة معينة بالوكالة في الشراء والبيع مرابحة أو غيرها إذا كان البائع أو المشتري غير الوكيل وهذا بلا قيد أو شرط ، ويجوز أن يوكل الشخص بشراء بضاعة ما ثم بيعها لنفسه بعد أن يحدد الثمن من قبل الموكل إجابة هيئة الرقابة الشرعية بمصرف قطر الإسلامي فيما يتعلق بهذا السؤال والفتوى الصادرة عن فضيلة الشيخ بدر المتولي عبد الباسط والمدونة بعاليه والتي أرفقها المصرف الاتفاقية التجارية التي يراد تنفيذها مع بيت التمويل الكويتي ترى الهيئة أنه لا اعتراض على فتوى الشيخ بدر المتولي

ولكن الفتوى لا نراها تنطبق على العقد حيث إن الوكيل يلزم بالشراء لنفسه بعد أن يشتري للموكل وهذا الالتزام من باب لزوم ما لا يلزمالمصدر: فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي فتوى رقم (٧٥)السؤال:وهو السؤال رقم (٢٣٥) الوارد في الجزء الثاني من مجموع فتاوي بيت التمويل الكويتي هل يجوز أن نوكل جهة معينة بشراء بضاعة ما لصالحنا بالسوق الفورية ثم بيعها لنفسها آجلا؟الجواب:إجابة هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي السؤال يتكون من شقين الشق الأول منه جائز أما الشق الثاني وهو بيعها لنفسها فلا يجوز للتعارض من أن يكون الشخص بائعا ومشتريا في الوقت نفسه في مثل هذه الحالة ويجوز إذا كان الثمن محددا من قبل الموكل إجابة هيئة الرقابة الشرعية لبنك قطر الإسلامي: أجازت الهيئة فتوى هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي على أن الوكيل غير ملتزم بالشراء لنفسهالمصدر: فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي فتوى رقم (٧٧)السؤال:تقدم إلينا المصرف الإسلامي يطلب مشاركتنا في تمويل عملية شراء قطن من باكستان وبيعه إلى مؤسسة تصدير القطن في باكستان على أن تتم المشاركة بأسلوب المرابحة والعملية مبنية أساسا على أن يقوم المصرف الإسلامي بدور المضارب لمجموعة البنوك الإسلامية في شراء القطن من السوق الباكستاني وبيعه إلى شركة تصدير القطن المحدودة الباكستانية ولكي يتمكن من تنفيذ ذلك فإنه يوكل شركة تصدير القطن الباكستانية في شراء القطن لحسابه مع تعهد الشركة بشراء القطن لاحقا بعقد منفصل وبعد الشراء يبيع القطن للشركة نفسها مرابحة مؤجلة أي أن المصرف يوكل الشركة في شراء القطن لحسابه وبيعه لنفسها بناء على تعهد الشركة بالشراء لاحقا بعقد منفصل نرجو إفادتنا بالرأي الشرعي؟الجواب:بخصوص استفساركم عن قيام مصرف فيصل الإسلامي بالبحرين بشراء القطن من السوق الباكستانية بتوكيل شركة تصدير القطن المحدودة بالشراء ثم بيعه إلى الشركة المذكورة بعقد منفصل مرابحة بناء على اتفاق مسبق أفيدكم أني لا أرى مانعا شرعيا من هذه العملية وقد كانت لدى شبهة في مسألة جواز اتحاد القابض والمقبض باعتبار أن الشركة الباكستانية هي الوكيلة عن المصرف وهي المشترية لنفسها وستقوم بقبض المبيع لنفسها بعد قبضها المبيع للمصرف غير أني وجدت في الفقه الحنبلي جواز ذلك فقد جاء في حاشية المقنع ما نصه فائدة: الصحيح من المذهب صحة استنابة من عليه الحق للمستحق في القبض ونص أحمد على صحة قبض وكيل من نفسه لنفسه وهو المذهب وبناء عليه فلا مانع في نظري من قيام مصرف قطر الإسلامي بالمشاركة في هذه العملية." (١)

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٥٣٩/٣

"توكيل عميل في شراء بضاعة وبيعها لنفسهالمصدر: منظمة المؤتمر الإسلامي مجمع الفقه الإسلامي قرارات وتوصيات مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدورة الأولى حتى الدورة الثامنة قرار رقم ١ (ج)السؤالبعد دراسة مستفيضة ومناقشات واسعة لاستفسارات البنك الإسلامي للتنمية بخصوص عمليات البيع بالأجل مع تقسيط الثمنالجواب:قرر مجلس المجمع اعتماد المبادئ التالية فيها: المبدأ الأول: أن الوعد من البنك الإسلامي للتنمية ببيع المعدات إلى العميل بعد تملك البنك لها أمر مقبول شرعا المبدأ الثاني: أن توكيل البنك أحد عملائه بشراء ما يحتاجه ذلك العميل من معدات وآليات ونحوها مما هو محدد الأوصاف والثمن لحساب البنك بغية أن يبيعه البنك تلك الأشياء بعد وصولها وحصولها في يد الوكيل توكيل مقبول شرعا والأفضل أن يكون الوكيل بالشراء غير العميل المذكور إذا تيسر ذلك المبدأ الثالث: أن عقد البيع يجب أن يتم بعد التملك الحقيقي للمعدات والقبض لها وأن يبرم بعقد منفصلالمصدر: كتاب الفتاوى الشرعية في الاقتصاد إدارة التطوير والبحوث مجموعة دله البركة الفتوى رقم (١٥)السؤال:هل يجوز توكيل جهة ما لشراء سلعة معينة بثمن معين لحساب المشتري وتوكيل تلك الجهة ببيعها سواء لنفسها أو للغير علما بأن مثل هذه الجهة تكون متخصصة في التعامل بهذا النوع من السلع؟الجواب:التوكيل بشراء سلعة معينة بثمن معين على أساس قيام الوكيل ببيعها بعد الشراء جائز مطلقا إذا كان البيع جاريا مع الغير وأما إذا كان الوكيل يبيع لنفسه فإن البيع يجوز إذا كان الثمن محددا من الموكلالمصدر: كتاب الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية الجزء الأول إدارة التطوير والبحوث مجموعة دله البركة فتوى رقم (٥٩)السؤال:نرجو إفتاءنا هل يجوز الوكالة للعميل والحالات المحتملة في المرابحة والاعتماد المستندي؟الجواب:أولا إذا أعطت الشركة عميلا توكيلا للاستيراد باسمها ولصالحها فإنه لا مانع من أن يكون الاعتماد باسم العميل لأنه يقوم بالشراء مباشرة باسمه ولكن لصالح الموكل ومن حق الوكيل أن يتعاقد باسمه وله أن يصرح بأنه وكيل أو لا يصرح بذلك ثم عند وصول المستندات يتم عقد المرابحة بين الشركة بصفتها مالكا وبائعا وبين العميل بصفته مشتريا وذلك بعد أن يخبر الشركة بإتمام تنفيذ الوكالة أي بحصول ملك الشركة للسلعةثانيا إذا أعطت الشركة وكالة للعميل لكي يشتري سلعة لصالح الشركة ثم يبيع تلك السلعة لنفسه وكان ثمن البيع محددا من قبل الشركة فإن ذلك جائز أيضا ويكون الوكيل قد تولى **طرفي العقد** فإن الوكيل تكون له صفتان: صفة الوكيل عن الشركة بالبيع لنفسه أو لمن شاء بثمن محدد وصفة الأصيل عن نفسه للشراء ولكن لا بد من أن يرسل الوكيل (في هذه الحالة أيضا) إشعارا بأنه أنجز الوكالة وبأنه اشترى السلعة لنفسه ليحصل الفاصل بين الضمانين ولا يقع التداخل بين الضمانين المتتاليين أي ضمان الموكل (الشركة) ما بين فترة

إنجاز الوكالة ولحظة البيع من الوكيل لنفسه وبين ضمان المشترى (الوكيل سابقا) لأنه بمجرد البيع لنفسه تدخل السلعة في ضمانه فإذا تلفت تتلف على حسابه لذا عليه أن يرسل إشعارا مؤرخا بأنه أنجز الوكالة ثم باع لنفسه وهذه الصورة غير مستحسنة بالرغم من جوازها وكونها جاءت في توصيات ندوة البركة الأولى في الفتاوي لأن دور الشركة يختفي تقريبا وتتعرض مصالحها للخطر إذ ربما يتملك الوكيل السلعة ويتأخر في الإشعار بالشراء وتتلف فيضيف التلف إلى الفترة التي كان فيها وكيلا ويدعى أنها أمانة لتحميل ضمانها على الشركةثالثا إن إعطاء العميل سقفا ائتمانيا للمرابحة مع وكالة لشراء بضائع محليا إلخ يجب أن ترتب على المراحل التالية لضمان شرعيتها: (أ) كتاب لمنح الائتمان وقيوده مع الدراسة والمستندات المتعلقة بذلك هذه كلها عبارة عن مواعدات (ب) بإبرام اتفاق كإطار عام يبين خطوات التنفيذ ويشار فيه للشروط العامة للتعامل كما يشار للمواعدة والأمر بالشراء وللوكالة المزمع عقدها والمرابحة التي ستعقد في حينها إلخ وهذا الاتفاق أيضا عبارة عن مواعدة وشروط يحال إليها العقود اللاحقة (ج) توقيع العميل أمرا بالشراء وإبرام وكالة بين الشركة وبينه للشراء لصالحها (د) وإعطاء الشيك لأمر العميل لتنفيذ الوكالة بالشراء لصالح الشركة ولا مانع من قيام العميل بتنفيذ الشراء باسمه لأنه وكيل ومن حقه ذلك (هـ) بعد تنفيذ الوكالة لابد من إبرام عقد مرابحة يشترى فيه العميل ما أصبح مملوكا للشركة بالثمن المحدد في المرابحة ويمكن إبرام عقد المرابحة هذا بتبادل إشعارين يتضمن الأول إشارة العميل لتنفيذ الوكالة وشرائه البضائع من الشركة ويتضمن الرد من الشركة بيعها البضاعة للعميل بالمرابحة مع تحديد الثمن والربح وهذا وإن الاكتفاء بتوقيع العميل على فاتورة منه بأنه المشترى (وتوقيع الشركة على الفاتورة بأنها البائع) لا يكفي فلا بد من المستند الصريح بإجراء الشراء والبيع سواء بالتوقيع على عقد خاص بذلك (عقد مرابحة) أو تبادل إيجاب وقبول بمضمون المرابحة (كما في البند هـ) وهذه المبادئ المبينة لا بد أن يتلوها تنظيم عقود ومستندات طبقا لها وإرسالها لاعتمادهاالمصدر: كتاب الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية بيت التمويل الكويتي فتوى رقم (٢٣٥)السؤال:هل يجوز أن نوكل جهة معينة بشراء بضاعة ما لصالحنا بالسوق الفورية ثم بيعها لنفسها آجلا؟الجواب:السؤال يتكون من شقين الشق الأول منه جائز أما الشق الثاني وهو بيعها لنفسها فلا يجوز للتعارض بين أن يكون الشخص بائعا ومشتريا في الوقت نفسه في مثل هذه الحالة ويجوز إذا كان الثمن محددا من قبل الموكلالمصدر: كتاب الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية بيت التمويل الكويتي فتوى رقم (٢٣٦)السؤال:هل يجوز توكيل شخص بشراء بضاعة ما نيابة عن بيت التمويل الكويتي وشحنها باسم بيت التمويل ويقوم بيت التمويل بدفع قيمة البضاعة للمصدر وبعد حيازتها يقوم ببيعها لنفس هذا

الشخص؟الجواب: يصح توكيل شخص ما بالشراء والاستلام والبيع ولكن لا يصح أن يبيع لنفسه إلا إذا تم تحديد سعر البيع مسبقا من قبل الموكل." (١)

"عن **طرفي العقد**؛ لأن القاضي لا ترجع إليه حقوق العقد أي (لا يلتزم بشيء من التزامات العقد كالتسليم ودفع الثمن)، فكان بمنزلة الرسول، والرسول بعكس الوكيل عن الجانبين لا تلزمه حقوق العقد؛ لأنه سفير ومعبر عن كلام الأصيل، فجاز لكل من القاضي والرسول تولي العقد عن الجانبين. ولا يجوز ذلك للوكيل من الجانبين.لكن تعامل الأب مع الصغير لنفسه مقيد بأن يكون السعر بمثل قيمة الشيء، أو بشيء يسير من الغبن المعتاد حدوثه بين الناس عادة؛ لأن الأب مفترض فيه كمال الشفقة والرحمة ووفرة الرعاية لمصلحة الصغير.وأما وصي الأب فمقيد تعامله مع الصغير عند أبي حنيفة وأبي يوسف بأن يكون تصرفه بمال الصغير لنفسه بمثل القيمة، أو بما فيه نفع ظاهر (أو خير بين) لليتيم (١)، لأنه مرضي الأب، والظاهر ما رضي به إلا لوفور شفقته على الصغير. ولم يجز محمد بن الحسن تصرف الوصي بمال الصغير لنفسه بمثل القيمة؛ لأن التساهل في الأب لكمال شفقته بخلاف الوصي.وأجاز الحنابلة أن يتولى عاقد واحد عن الجانبين كالوكيل عن الطرفين عقد البيع ونحوه من عقود المعاوضات الأخرى كالإجارة مثلا؛ لأن حقوق العقد وآثاره أو التزاماته ترجع عندهم للموكل نفسه صاحب الشأن. كما أجازوا ذلك أيضا في عقد الزواج، وفي الدعوى، فيصح أن يكون الشخص الواحد وكيلا في الدعوى عن المدعي والمدعى عليه، ممثلا مصلحة الطرفين ومقيما الحجة أو الدفوع لكل منهما (٢).__________(١) النفع الظاهر في العقار يكون بشراء الوصي لنفسه من الصغير بضعف القيمة، ويبيع بنصفها. وفي المنقول ببيع ما يساوي ١٥ بعشرة، وشراء ما يساوي عشرة بخمسة عشر.(٢) كشاف القناع: ٢٣٨/ ٢، المغني: ١٠٩/ ٥، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى للسيوطي الرحيباني: ٤٦٤/ ٣، ط المكتب الإسلامي بدمشق.." (٢)

"أنه لو لم يكن في البيع عيب، لما كان يسأل غيره في أخذه، وإنما غيره هو الذي يطلبه، كما هو المعروف في الأسواق، ثم إنه لو تأخر القبول عن الإيجاب لم يصح به البيع، فلم يصح إذا تقدم، ولأنه عقد خلا عن القبول، فلم ينعقد كما لو لم يطلب البيع أو الشراء.الفرق بين البيع والزواج: البيع بخلاف عقد النكاح، فإنه يصح بلفظ الاستدعاء، مثل أن يقول: (زوجني) لأنه في هذه الحالة يكون قوله: (زوجني) توكيلا بالزواج، فإن زوجه امتثل أمره، ولبى طلبه فيكون المزوج وليا من طرف ووكيلا من طرف، والشخص

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٥٤١/٣

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٢٩٢٦/٤

الواحد: يتولى طرفي عقد النكاح، بخلاف البيع، فإنه لا يجوز أن يتولى الواحد **طرفي العقد** في البيع إلا الأب يشتري مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه، وكذلك الوصي عند أبي حنيفة إذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه.وهناك فرق آخر بين البيع والنكاح: وهو أن لفظ الأمر للمساومة حقيقة، فلا تكون صيغته إيجابا وقبولا حقيقة، بل هي طلب الإيجاب والقبول، فلا بد للإيجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما، ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة في النكاح؛ لأن المساومة لا توجد فيه عادة؛ لأنه مبني على مقدمة الخطبة، فتحمل هذه الصيغة على الإيجاب والقبول. أما البيع فلا يكون مسبوقا بمثل ذلك، فكان الأمر فيه مساومة، عملا بحقيقة لفظ الأمر، ولا يعدل عن الحقيقة إلى شيء آخر إلا بدليل، ولم يوجد في البيع، بخلاف النكاح كما تقدم.والخلاصة: أن صيغة البيع عند الحنفية إما أن تكون بلفظين من غير نية، وذلك بصيغة الماضي، مثل بعت واشتريت، وهذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعا، لكنها جعلت إيجابا للحال في عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على اللغة.____________ الفرق بين البيع والنكاح انظر أيضا:٥/ ٣٣١٨* أبو أكرم الحلبي." (١)

"ويفهم من اشتمال التأمين على الغرر اشتماله أيضا على الجهالة، والجهالة في البدلين بارزة في التأمين، وهي جهالة مقدار ما يدفعه كل من **طرفي العقد** (المؤمن والمستأمن) للآخر، وهو قابل للكثرة والقلة، بل إن ما يدفعه المؤمن بدلا أو عوضا عن الضرر أو الهلاك على خطر الوجود، والخطر الذي هو مسوغ العقد قد يقع وقد لا يقع، وكل هذا يجعل الجهالة فاحشة كثيرة تؤدي إلى إبطال العقد.ويكون عقد التأمين ممنوعا شرعا لاشتماله على فاحش الغرر والجهالة. ولايؤبه بالعلم بمبلغ كل قسط عند حلول ميعاده، فهو صحيح أنه مبلغ معلوم، لكن كمية الأقساط هي التي فيها الجهالة، ورضا المؤمن بدفع التعويض عند وفاة المستأمن أو حدوث حادث له، ضمن مدة محددة بالعقد، مهما بلغ عدد الأقساط قلة وكثرة، لا قيمة له؛ لأنه رضا مخالف لقواعد الشرع ونصوصه المانعة من الغرر، كالرضا في القمار أو الزنى لا يحل واحدا منهما.وكون الجهالة فاحشة فإنها توثر في العقد وتبطله، ولو لم تفض إلى المنازعة، أما الجهالة اليسيرة غير المفضية إلى النزاع فهي المغتفرة. والجهالة في التأمين أفحش مما صوره الفقهاء للجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع وإفساد عقد البيع مثلا، كبيع الفجل والجزر في الأرض، فهذان موجودان في الأرض، ولكنهما مجهولان على طريق الظهور والعلم، أما في التأمين فبدل الهلاك أو عوض التأمين مرجوح الوجود، قد يحدث وقد لا يحدث، وهذا احتمال يضعف مشروعية العقد.لكل ما سبق وغيره من الموانع لا يحل للتاجر وغيره

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٥/٣٣١١

من المستأمنين أخذ بدل الهالك من مال (السوكرة) أو التأمين؛ لأنه مال لا يلزم من التزم به، كما قال ابن عابدين: ولأن اشتراط الضمان على الأمين باطل كما قرر فقهاء الحنفية.." (١)

"فيه حظ أي حاجة إلى نفقة أو كسوة أو إصلاح عقاره المتهدم أو رعاية بهائمه (١). وللأب أن يرهن من نفسه لولده، ولنفسه من ولده، والجد كالأب عند الشافعية لوفور شفقتهما.رهن الولي والوصي مال الصغير عند الحنفية:هنا أمور ثلاثة: رهن مال الصغير بدين للصغير، أو بدين للولي، وموقف الصغير من الرهن بعد البلوغ (٢). وقد عرفنا قبله مباشرة حكم رهن مال القاصر عند غير الحنفية.١ - رهن مال الصغير أو المجنون بدين لهما: للولي أو الوصي أو القيم أن يرهن مال القاصر (صبي أو مجنون ونحوهما) لدين للقاصر استدين من أجل كسوته وطعامه، أو بسبب الاتجار في ماله؛ لأن الاستدانة جائزة للحاجة، والتجارة تثمير لمال القاصر، والرهن إيفاء للحق، فيجوز.وإذا كان الأب أو الجد هو الدائن للقاصر أو كان كل من الدائن والمدين تحت ولايته، جاز له أن يتولى طرفي العقد، فيكون راهنا بالنيابة عن موليه، ومرتهنا بالنسبة إلى نفسه، في الحالة الأولى. وراهنا عن أحد مولييه، ومرتهنا بالنسبة إلى الآخر، في الحالة الثانية، لأنه لوفور شفقته، نزل منزلة شخصين، وقامت عبارته مقام عبارتين، كما في بيعه مال القاصر لنفسه.__________(١) المغني: ٣٥٩/ ٤، كشاف القناع: ٣١٩/ ٣.(٢) تبيين الحقائق: ٧٢/ ٦ ومابعدها، تكملة الفتح: ٢٠٩/ ٨ ومابعدها، الدر المختار: ٣٥٢/ ٥، ٣٦٤.." (٢)

"ولا يجوز ذلك للحاكم، ولا للوصي، لقصور شفقتهما بالنسبة للأب، ولأن كليهما وكيل محض، والأصل أن الشخص الواحد لا يتولى طرفي العقد، سواء في البيع أو الرهن ونحوهما.٢ - رهن مال القاصر بدين للولي: الاستحسان عند أبي حنيفة ومحمد: يقتضي أن يجوز للأب أو الجد أو الوصي أن يرهن مال موليه بدين نفسه عند دائنه؛ لأن للولي أو الوصي إيداع مال موليه، والرهن أولى من الإيداع؛ لأن الوديع أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، والمرتهن يضمن الرهن إن هلك، ولو بلا تعد ولا تقصير.والقياس وهو رأي أبي يوسف وزفر: ألا يجوز للولي أو الوصي رهن مال القاصر بدين لهما؛ لأنهما لا يملكان إيفاء دينهما بأموال موليهما، وفي إقدامهما على رهن مال موليهما إيفاء لدينهما حكما، فيمنع، كالإيفاء حقيقة.وإذا جاز الرهن عملا بمقتضى الاستحسان، ثم هلك عند الدائن، يضمن الولي للمولى عليه الأقل من قيمة الرهن ومن الدين، دون زيادة عليه، أما الوصي فيضمن قيمة الرهن في جميع الأحوال؛ لأن للأب

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣٤٢٧/٥

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٤٢١٤/٦

أو الجد أن ينتفع بمال الصغير، وليس للوصي الحق في الانتفاع.وللولي أبا أو جدا رهن ماله بدين عليه للصغير عند ولده الصغير، ويحبسه الولي لأجل الصغير، ولا يجوز هذا الرهن للوصي.كما يجوز للولي عكس المذكور: وهو أن يرهن عنده مال الصغير بدين عليه؛ لأنه لوفور شفقته جعل كشخصين، وتقوم عبارته مقام عبارتين أي عبارتي الإيجاب والقبول، كشرائه مال طفله. ولا يجوز هذا الرهن للوصي، لأنه وكيل." (١)

"محض، فلا يتولى **طرفي العقد** في رهن ولا بيع ونحوهما مما يتطلب وجود عاقدين في عقود ذات حقوق متباينة.٣ - موقف الصغير من الرهن بعد البلوغ: إذا بلغ الصغير أو زال عارض الحجر، فوجد مالا له مرهونا، فليس له إبطال الرهن، أو استرداده حتى يقضى الدين؛ لأن تصرف الولي بالرهن وقع نافذا لازما، وصدر ممن له ولاية إصداره، سواء أكان الرهن بدين على الصغير، أم بدين على الولي نفسه، أم بدين عليهما معا.فإن قضي الدين عن الولي نفسه من مال الصغير المرهون أو هلك المرهون قبل أن يفتكه الراهن، كان للصغير بعد بلوغه حق الرجوع طبعا في مال الولي، والمطالبة بتسديد حقه؛ لأنه مضطر إلى إحياء ملكه، والمحافظة على حقوقه سواء أكان الولي حيا أم ميتا، ويكون في هذه الحالة مثل من أعار متاعه لآخر، ليرهنه المستعير بدين عليه لشخص ثالث، فللمعير أن يفتك. عند الضرورة. رهنه، بدفع دين المستعير، ويرجع بما أوفى من الدين على المستعير.تعدد أطراف الرهن:قد يتعدد الراهن أو المرتهن، كما لو رهن رجلان بدين عليهما رهنا عند آخر، أو يرهن رجل شيئا بدين عليه عند رجلين، يصح الرهن في الحالتين لعدم الشيوع المانع من صحة الرهن عند الحنفية (١)؛ لأنه في حالة تعدد الراهن يحصل قبض المرهون من المرتهن بدون إشاعة، فصار كرهن الواحد من الواحد، وفي حالة تعدد المرتهن أضيف الرهن إلى جميع العين المرهونة بصفقة واحدة، ومقتضى الرهن (أو__________(١) تبيين الحقائق: ٧٨/ ٦ ومابعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٣٥٤/ ٥ وما بعدها، تكملة الفتح: ٢١٨/ ٨ وما بعدها، اللباب: ٦٣/ ٢ ومابعدها.." (٢)

"المبحث الثالث ـ أحكام الصلح:للصلح أحكام هي (١):أولا ـ انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعا: فلا تسمع دعواهما بعدئذ، وهذا حكم ملازم جنس الصلح.ثانيا ـ حق الشفعة للشفيع: إذا كان المدعى به دارا وبدل الصلح ليس دارا، وإنما هو نقد أو غيره، فإن حق الشفعة يثبت للشفيع إذا

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٤٢١٥/٦

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٤٢١٦/٦

كان الصلح عن إقرار من المدعى عليه؛ لأن الصلح حينئذ يكون في معنى البيع بالنسبة **لطرفي العقد**. أما إذا كان الصلح عن إنكار من المدعى عليه، فلا يثبت حق الشفعة، لأنه ليس في معنى البيع بالنسبة للمدعى عليه، بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين.وإن كان بدل الصلح دارا، والصلح عن إقرار المدعى عليه يثبت حق الشفعة للشفيع في الدارين، لما عرفنا أن الصلح هنا في معنى البيع من الطرفين.وإن كان الصلح عن إنكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح، ولا يثبت في الدار المدعاة؛ لأنها لم تعتبر مبيعة. إذ أن الصلح عن إنكار يعتبر معاوضة بالنسبة للمدعي، وأما بالنسبة للمدعى عليه فليس بمعاوضة، بل هو إسقاط للخصومة ودفع اليمين عن نفسه، فلم يكن للدار المدعاة حكم المبيع في حقه، فلا يثبت للشفيع حق أخذها بالشفعة.ثالثا ـ حق الرد بالعيب، وحكم الاستحقاق: فحق الرد بالعيب يثبت لطرفي عقد الصلح إن كان الصلح عن إقرار؛ لأنه بمنزلة البيع.وإن كان عن إنكار يثبت حق الرد بالنسبة للمدعي، ولا يثبت بالنسبة__________(١) البدائع: ٥٣/ ٦ ومابعدها، تكملة فتح القدير: ٢٩/ ٧، المبسوط: ١٦٣/ ٢٠، تبيين الحقائق: ٣٣/ ٥، الدر المختار مع رد المحتار: ٤٩٤/ ٤.." (١)

"٢ – موت أحد العاقدين: تنتهي المزارعة أو تنفسخ بموت أحد العاقدين (١)، كما تنفسخ الإجارة به، سواء حدث الموت قبل الزراعة أم بعدها، وسواء أدرك الزرع أم لم يدرك بأن كان بقلا أي طريا. وهذا رأي الحنفية والحنابلة، وقال المالكية والشافعية: لا تنقضي المزارعة كالإجارة بموت أحد العاقدين.لكن لو مات رب الأرض، والزرع لم يدرك، فإن العامل أو وارثه يظل ملزما بالعمل؛ لأن العقد يوجب على العامل عملا يحتاج إليه الزرع إلى انتهاء أو نضوج الزرع، ويبقى العقد كما تقدم للضرورة استحسانا لانتهاء الزرع إذا مات أحد العاقدين، وقد نبت الزرع، ويبقى الزرع إلى الحصاد، ولا يلزم العامل بأجر للأرض، ثم ينتقض العقد فيما بقي من السنين في مدة العقد، لعدم الضرورة؛ لأن في بقاء العقد حتى يستحصد الزرع مراعاة لمصلحة **طرفي العقد**، فيعمل العامل أو ورثته على النحو المتفق عليه.٣ – فسخ العقد بالعذر:إذا حدث فسخ العقد قبل اللزوم، انتهت المزارعة. ومن المقرر عند الحنفية: أن الملتزم بالبذر لا يلتزم بالمزارعة بمجرد العقد. وعند المالكية: لا تلزم المزارعة إلا بشروع العامل في العمل، فما لم يشرع في عمل المزارعة، له فسخ العقد.ويجوز عند الحنفية فسخ المزارعة بعد لزومها لعذر من الأعذار، سواء من قبل صاحب الأرض، أم من قبل العامل، ومن الأعذار ما يأتي (٢):__________(١) البدائع: ١٨٤/ ٦ وما بعدها، تكملة الفتح: ٤٢/ ٨، الكتاب: ٢٣٢/ ٢، الدر المختار ورد المحتار: ١٩٨/ ٥، تبيين الحقائق: ٢٨٢/ ٥،

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٤٣٦٤/٦

المغني والشرح الكبير: ٥٦٨/ ٥، ٥٧٢.(٢) البدائع: ١٨٣/ ٦ وما بعدها، تكملة الفتح والعناية: ٤٢/ ٨، الدر المختار ورد المحتار: ١٩٦/ ٥ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٢٨٢/ ٥، الكتاب مع اللباب: ٢٣٢/ ٢.." (١)

"ب ـ العمليات الشرطية المركبة: وهي التي يكون فيها الخيار للمضارب بين أن يكون مشتريا أو بائعا، وأن يفسخ العقد، إذا رأى مصلحة له في ذلك عند التصفية أو قبلها، مقابل تعويض أكبر مما يدفع في العمليات البسيطة، يدفعه لصاحبه.ج ـ العمليات المضاعفة: وهي التي يكون فيها الحق للمضارب في مضاعفة الكمية التي اشتراها أو باعها، بسعر التعاقد، إذا رأى مصلحة في التصفية، على أن يدفع تعويضا مناسبا متفقا عليه، يختلف بنسبة الكمية المضاعفة.ويختلف معنى المضاربة في البورصة عن معناها الشرعي، فمضاربة البورصة: هي المخاطرة على سعر السلعة في البورصة في تصفية معينة. وهي إما مضاربة على الصعود: وهي أن المضارب يشتري السلعة بسعر، وهو يخاطر في أنه سيرتفع، فيبيع حالا ما اشتراه مؤجلا بالسعر المرتفع، ويقبض الفرق. وإما مضاربة على الهبوط: وهي أن يبيع الشخص سلعة بسعر، وهو يخاطر في أنه سينخفض يوم التصفية، حيث يبيع بالثمن الحال، ويشتري ما اتفق عليه مؤجلا، ويقبض الربح.وفي كلتا الحالتين قد يحدث خلاف المتوقع فيخسر المضارب، ويتم البيع على المكشوف، فلا تكون السلعة في حيازة البائع، ولا الثمن في حيازة المشتري وقت التعاقد، ولا يتم تسليم أو تسلم إلا يوم التصفية. وهذا كله حرام شرعا.أما المضاربة الشرعية أو القراض فهي عقد يقوم على تقديم المال من أحد **طرفي العقد**، والعمل من الطرف الآخر.خطة البحث: يتضمن البحث قسمين:." (٢)

"ويترتب على ذلك:أ ـ عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها.ب ـ أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي، وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة. ويعرف مقدار الربح، إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد، وما زاد عن رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة، وفقا لشروط العقد.ج ـ أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلنا وتحت تصرف حملة الصكوك.٧ – يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته. وما يوزع على **طرفي العقد** قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٤٧٠١/٦

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٥٠٣٥/٧

مدفوعة تحت الحساب.٨ – ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال.٩ – ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن **طرفي العقد** بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاما." (١)

"وإذا زوج الأبعد مع وجود الأقرب (١) نفذ الزواج.ويجوز لابن العم، والمولى، ووكيل الولي، والحاكم أن يزوج المرأة من نفسه، ويتولى **طرفي العقد**. وليشهد كل واحد منهم على رضاها خوفا من منازعتها وإنكارها.والحاصل: أن المالكية يخالفون غيرهم في جعل الجد في المرتبة الرابعة بعد الإخوة، وليس بعد الأب، وأن الولي المجبر هو الأب فقط لا الجد، ويخالفونهم أيضا في ثبوت الولاية بالإيصاء والكفالة، وبالولاية العامة بسبب الإسلام. ويتفق الفقهاء في إثبات الولاية بسبب الملك، والأبوة والعصوبة غير الأبناء، والسلطنة.ترتيب الأولياء عند الشافعية:الولي عند الشافعية: إما مجبرأو غير مجبر (٢):فالولي المجبر أحد ثلاثة: الأب، والجد وإن علا، والسيد.فللأب تزويج البكر صغيرة أو كبيرة بغير إذنها، ويستحب استئذانها، وليس له تزويج ثيب إلا بإذنها، فإن كانت الثيب صغيرة لم تزوج حتى تبلغ.والجد كالأب عند عدمه.وللسيد تزويج أمته، سواء أكانت بكرا أم ثيبا، صغيرة أم كبيرة، عاقلة كانت أم مجنونة؛ لأن الزواج عقد يملكه عليها بحكم الملك، فكان إلى المولى، كالإجارة.___________(١) المراد بالأبعد: المؤخر في الرتبة، وبالأقرب: المتقدم فيها، ولو كانت جهتهما متحدة، فيشمل ذلك تزويج الأخ لأب مع وجود الشقيق.(٢) مغني المحتاج: ١٤٩/ ٣ – ١٥٢، المهذب: ٣٧/ ٢ وما بعدها.." (٢)

"وإذا جرى العقد بين فضوليين أو بين فضولي وأصيل، جاز باتفاق الحنفية، ويكون موقوفا على إجازة الغائب؛ لأن عبارة كل واحد منهما تقوم مقام عبارة الأصيل، لتعدد العاقد حقيقة، فيكون ما جرى بين الفضوليين عقدا تاما لوجود الإيجاب والقبول، والعقد الكامل يتوقف على ما وراء مجلس العقد. هذا والفضولي قبل الإجازة لا يملك نقض النكاح، بخلاف البيع؛ لأنه في البيع ترجع إليه حقوق العقد، أما في النكاح فترجع الحقوق إلى المعقود له.وقرر زفر والشافعي والجمهور: أنه لا يجوز الزواج بعاقد واحد؛ لأن

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٥١٣٦/٧

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٦٧١٠/٩

الشخص الواحد لا يتصور أن يكون مملكا ومتملكا، لكن استثنى الشافعي مسألة الولي كالجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه الآخر، فيجوز للضرورة، ولا ضرورة في حق الوكيل وغيره من الأحوال الأخرى.وأجاز المالكية لابن العم والمولى ووكيل الولي والحاكم أن يزوج المرأة من نفسه، ويتولى طرفي العقد، وليشهد كل واحد منهم على رضاها خوفا من منازعتها، بشرط أن يعين لها أنه الزوج، فرضيت بالقول إن كانت ثيبا ومن في حكمها من الأبكار الستة المتقدمة، أو بالصمت إن كانت بكرا ليست من الستة المتقدمة، ويتم الزواج بقوله: تزوجتك بكذا من المهر، وترضى به، ولا بد من الإشهاد على رضاها بالعقد ولو بعد عقده لنفسه بعد أن كانت مقرة بالعقد، ولا يحتاج لقوله: قبلت نكاحك بنفسي بعدئذ؛ لأن قوله «تزوجتك» فيه قبول.." (١)

"تصرفات الأب: الأب المبذر ليس له ولاية على مال القاصر، وعليه تسليم المال إلى وصي يختاره. فإن كان غير مبذر، فله الولاية على مال القاصر، وله في رأي الحنفية والمالكية بيع مال القاصر والشراء له، سواء أكان المال منقولا أم عقارا، ما دام العقد بمثل الثمن أو بغبن يسير: وهو ما يتغابن فيه الناس عادة. ولا ينفذ على القاصر البيع أوالشراء بغبن فاحش: وهو ما لا يتغابن فيه الناس عادة. لكن المفتى به لدى الحنفية أن الشراء ينفذ على الولي، لإمكان نفاذه عليه، بعكس البيع فلا ينفذ؛ لأن فيه ضررا ظاهرا على المولى عليه.وله أن يبيع مال نفسه لولده الصغير ونحوه، وأن يشتري مال ولده لنفسه بمثل الثمن أو بغبن يسير، ويتولى الأب طرفي العقد، وتكون عبارته قائمة مقام الإيجاب والقبول، استثناء من مبدأ تعدد العاقد في العقود المالية، نظرا لوفور شفقة الأب على ولده.وليس للأب أن يتبرع بشيء من مال الصغير ونحوه؛ لأن التبرع تصرف ضار ضررا محضا، فلا يملكه الولي ولو كان أبا.وليس له أيضا أن يقرض مال الصغير للغير، ولا أن يقترض لنفسه؛ لما في إقراضه من تعطيل استثمار المال.ويجوز للأب في رأي أبي حنيفة ومحمد أن يرهن شيئا من مال ولده في دين نفسه، قياسا على ما له من إيداع مال ولده. ولا يجوز هذا الرهن في رأي أبي يوسف وزفر؛ لأن في الرهن تعطيلا لمنفعة المال، إذ يبقى محبوسا إلى سداد الدين.حكم القانون: منع القانون المصري رقم (١١٩) لسنة (١٩٥٢) في المادة الخامسة منه تبرع الولي بشيء من مال القاصر، إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي." (٢)

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٦٧٣٤/٩

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٧٣٣٤/١٠

"حال الحياة يجوز للواقف الرجوع عن الوقف ما دام حيا، غنيا أو فقيرا، بأمر قاض أو غيره.ولا يتم الوقف بناء على القول بلزومه وبناء على رأي محمد حتى يقبض ويفرز؛ لأنه كالصدقة، ولأن تسليم كل شيء بما يليق به، ففي المسجد بالإفراز، وفي غيره بنصب الناظر (المتولي) بتسليمه إياه، ولا يجوز وقف مشاع يقسم عند محمد، ويجوز عند أبي يوسف، كما تقدم؛ لأن التسليم عنده ليس بشرط، بسبب كون الوقف عنده كالإعتاق.واشترط المالكية (١) لصحة الوقف: القبض كالهبة، فإن مات الواقف أو مرض مرض موت أو أفلس قبل القبض (الحوز) بطل الوقف.وقال الشافعية (٢): الوقف عقد (٣) يقتضي نقل الملك في الحال، علما بأن الوقف على معين يشترط فيه عندهم القبول متصلا بالإيجاب إن كان من أهل القبول، وإلا فقبول وليه كالهبة والوصية، أما الوقف على جهة عامة كالفقراء أو على مسجد أو نحوه، فلا يشترط فيه القبول جزما لتعذره.وكذلك قال الحنابلة (٤) كالشافعية: يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد التلفظ به؛ لأن الوقف يحصل به، لحديث عمر المتقدم: «إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها» ولأنه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث، فلزم بمجرده كالعتق.________(١) القوانين الفقهية: ص ٣٧٠.(٢) مغني المحتاج: ٣٨٣/ ٢، ٣٨٥.(٣) قد يطلق العقد في اصطلاح الفقهاء على الالتزام الذي ينشأ عنه حكم شرعي، سواء أكان صادرا من طرف واحد كالنذر واليمين، أم صادرا من طرفين كالبيع والإجارة، كما يطلق على مجموع الإيجاب والقبول، أو كلام أحد طرفي العقد.(٤) المغني: ٥٤٦/ ٥، ٥٨٧.." (١)

"باب في لزوم عقد المساقاة والمزارعةمسألة (٩٩٠) أكثر الفقهاء على أن عقد المساقاة والمزارعة هو من العقود اللازمة التي تلزم طرفي العقد المضي فيها. وذهب أحمد في ظاهر المروي عنه إلى أنه عقد جائز غير لازم، وبه قال بعض أصحاب الحديث (١).مغ ج ٥ ص ٥٦٨.باب المزارعة (٢)مسألة (٩٩١) أكثر أهل العلم على جواز عقد المزارعة قال البخاري: قال أبو جعفر: ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع، وزارع علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين، وبه قال سعيد ابن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الأسود وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن ابن أبي ليلى وابنه وأبو يوسف ومحمد، وروي ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن يزيد قال البخاري: وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا.وكره المزارعة عكرمة ومجاهد والنخعي وأبو حنيفة وزفر وروي المنع منها عن ابن عمر وجابر – رضي الله عنه –، وروي عن ابن عباس الأمران جميعا. وقال مالك: لا تجوز المزارعة إلا ما كان من الأرض بين

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٧٦١٩/١٠

الشجر وأجازها الشافعي في الأرض بين النخيل إذا كان بياض الأرض أقل، فإن كان أكثر فعلى وجهين، ومنعها في الأرض البيضاء (٣).ــــــــــــــــــــ(١) انظر بداية ج ٢ ص ٢٩٧. وانظر قول مالك في المدونة ج ٤ ص ٨.قلت: لم يحك ابن رشد خلافا في هذه المسألة ولم يحك كذلك فيها اتفاقا، وهو صنيع ابن المنذر في الإشراف إلا ما كان عن قيام العذر لواحد من المتعاقدين يضطره إلى فسخ الشركة. كأن يكون العامل خائنا أو رجل سوء يخشى أن يتلف الشجر بسببه، أو أن يمرض العامل مرضا لا يمكنه من إمضاء العقد. انظر الإشراف ج ١ ص ١٧٦.(٢) بين العلماء خلاف في جواز المزارعة منفردة عن المساقاة، فقال الشافعي: لا تجوز منفردة. وحكاه النووي عن ال أكثرين ثم قال: وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد وسائر الكوفين وفقهاء المحدثين وأحمد وابن خزيمة وابن شريح وآخرون تجوز المساقاة والمزارعة مجتمعتين، وتجوز كل واحدة منها منفردة، وهذا هو الظاهر المختار. اهـ. انظر شرح ج ١٠ ص ٢١٠.(٣) انظر مغ ج ٥ ص ٥٨١ وشرح ج ١٠ ص ٢١٠ والإشراف ج ١ ص ١٥٧.." [١]

"فإن له أن يزوجها من نفسه إذا أذنت له. ويتولى هو **طرفي العقد** (١). وبه قال الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبو حنيفة وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر. وأحمد في رواية. وقال أحمد في رواية: لا يزوج نفسه حتى يولي رجلا. وقال الشافعي في ابن العم والمولى: لا يزوجها إلا الحاكم، ولا يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع ولا أن يوكل من زوجه (٢).

مغ ج ٧ ص ٣٦١.

باب في الكفاءة في النكاح

مسألة (١١٦٢) أكثر أهل العلم على أن الكفاءة في النكاح ليست شرطا لصحة النكاح روي نحو هذا عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وأحمد في رواية. وقال أحمد في رواية: هي شرط. قال: إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وبه قال سفيان. وقال أحمد كذلك: لو كان المتزوج حائكا فرقت بينهما. وقال كذلك في الرجل يشرب الشراب ما هو بكفء لها يفرق بينهما (٣).

مغ ج ٧ ص ٣٧٢.

---

(١) موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي محمد نعيم ساعي ٢/٥٧٧

باب في بلوغ الجارية تسعا هل تعد بالغة؟

مسألة (١١٦٢١) جمهور الفقهاء على أن بلوغ الجارية (يعني البنت) تسع سنين لا يجعلها في حكم البالغات. وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد في رواية. وقال أحمد في رواية: لها حكم البالغة.

مغ ج ٧ ص ٣٨٣.

باب في تزويج الثيب البالغة

مسألة (١١٦٤) جمهور أهل العلم بل جماهيرهم على أن الثيب البالغة لا تزوج إلا بأمرها (بإذنها) أبوها وغيره في ذلك سواء. وشذ الحسن فقال له تزويجها وإن كرهت. وقال النخعي: يزوج الأب بنته إذا كانت في عياله. فإن كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها.

مغ ج ٧ ص ٣٨٥.

---

(١) على خلاف بين أهل هذا القول هل يصح بقبول وإيجاب أم بإيجاب فقط.

(٢) انظر الحاوي ج ٩ ص ١٢٨.

(٣) انظر الكفاءة وشروطها، الحاوي ج ٩ ص ١٠٠ ص ١٠٧.." [١]

"ثم انتشر هذا العقد ، وانتشر استعماله – بصفة خاصة – من قبل شركات السكك الحديدية التي تأسست لتمويل شراء مركبات شركات الفحم والمحاجر ، كانت هذه المؤسسات تقوم بشراء المركبات لحسابها ، ثم تسلمها لمناجم الفحم بناء على عقد البيع الإيجاري ؛ لما في هذا العقد من ضمان وحماية لحقوق المؤجر الذي كان له الحق في فسخ العقد واسترداد الأموال المسلمة للمستأجر بمجرد إخلال هذا الأخير بسداد قسط واحد من الأقساط المتفق عليها.ثم ازدادت أهمية هذا العقد بامتداده إلى شركات المقاولات وغيرها.ثم ظهر عقد الليسنج [Leasing] في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٥٣م ، ثم ظهر في فرنسا تحت تسمية [Credit Bail] عام ١٩٦٢م ، وهذا العقد يعتبر حالة جديدة للإجارة المنتهية بالتمليك ، إلا أنه اتخذ طابعا جديدا يتمثل في تدخل طرف ثالث بين **طرفي العقد** الأصليين – المؤجر والمستأجر – ، هذا الطرف الثالث هو الذي يقوم بتمويل العقد بشراء أموال معينة هي في العادة تجهيزات ومعدات صناعية وإنشائية ، ثم يقوم بتأجيرها لمن يتعاقد معهما لفترة متفق عليها بينهما ، وتكون

---

(١) موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي محمد نعيم ساعي ٢/٦٧٦

هذه الفترة طويلة الأجل نسبيا حتى تتمكن المؤسسة المالية التي تقوم بتمويل المشروع من حصولها على المبالغ التي أنفقتها على التمويل وبنهاية الفترة المتفق عليها يكون للمستأجر المتعاقد مع المؤسسة عدة خيارات وهي :إعادة السلعة المؤجرة له إلى المؤسسة المالكة.تمديد مدة الإيجار لفترة أو فترات أخرى.________________= البيع والمقايضة للدكتور توفيق حسن فرج (صـ ٢٧).تملك السلعة مقابل ثمن يراعى في تحديده المبالغ التي سبق له أن دفعها كأقساط إيجار.فالجديد في هذه الحالة ، أو في هذا العقد (الليسنج) هو أن المؤجر لا يكون مالكا للأصل أو الأشياء المراد تأجيرها ، وإنما يقوم بشرائها خصيصا لهذا الغرض.." (١)

"فالعقد هنا – عقد التأمين – عقد معلق على أمر محتمل قد يقع ، وقد لا يقع ، ولأن كلا من **طرفي العقد** لا يدري عند إنشاء العقد ما الذي سيأخذ مقابل ما بذله في العقد .ولبيان ذلك : نفرض أن شخصا دفع ألف ريال لشركة تأمين للتأمين على سيارته ضد الحوادث لمدة عام ، فالآن نفرض أنه خلال هذا العام لم يحصل لسيارته أي حادث ، هو دفع ألف ريال مقابل ماذا ؟مقابل لا شيء !. لم يأخذ شيء !.فهو غارم أم غانم ؟يعد غارما ، وشركة التأمين : غانمة ؛ أخذت ألف ريال وهي لم تدفع شيئا ، لكن لو أنه حصل له حادث خلال هذا العام بمقدار كلفه يعني أو إصلاح السيارة أو تعويض هذا الحادث يكلف ما يقارب أو ما يصل إلى خمسة آلاف ريال مثلا ، فنقول في هذه الحال هو غانم ؛ لأنه دفع ألف ريال ، وأخذ من الشركة خمسة آلاف ريال ، والشركة غارمة ؛ لأنها أخذت ألف ريال وفي المقابل عوضته بخمسة آلاف ريال ، فالعقد هنا يدور بـين الغنم ، والغرم . فهو عقد غرر وجهالة مبني على القمار والميسر ، وعند إنشاء العقد - عندما يدفع المؤمن له الآن الآلف ريال – هل يعرف العوض الذي سيأخذه من الشركة ؟ هو لا يعرف شيء ، ولا يدري هل سيأخذ شيئا أم لن يأخذ شيئا، وإذا أخذ شيئا لا يعلم مقدار ما سيأخذه فلهذا هو يعد محرما عقد التأمين التجاري.أما التأمين التعاوني : فقد ذهب عامة العلماء المعاصرين ومنهم هيئة كبار العلماء بالمملكة إلى جواز التأمين التعاوني؛ لأن التأمين التعاوني وإن كان فيه شيء من الغرر، هو في الحقيقة فيه غرر وجهالة؛ لأن مثلا: مثل ما قلنا إذا كان مجموعة من الناس وضعوا أموالهم في صندوق كل واحد يضع في هذا الصندوق مالا ولا يدري هل سيأتيه تعويض من الصندوق أو لا، وإذا جاءه

(١) الإجارة المنتهية بالتمليك فـي الفقه الإسلامي، ص/١٠

تعويض من ذلك الصندوق ما مقدار ذلك التعويض الذي سيأتيه، فالتأمين التعاوني أيضا فيه غرر، لكن هذا الغرر ماذا؟ مغتفر، لماذا مغتفر؟لأنه في عقد ماذا؟ معاوضة ولا عقد تبرع؟." (١)

"و يمكن الاستنتاج من تلك الآراء والأصول بأن بيع التورق في شكله الفردي غير المنظم قد يختلف الرأي بشأنه بين تلك المذاهب، فمنهم من تجيزه أصول المذهب مع الكراهه كما هو الحال بالنسبة لرأي الإمام الشافعي وجمهور الشافعية بصفة عامة، لاعتبارات تتعلق بضرورة التمسك بظاهر النصوص الواردة في العقود دون محاولة التوغل لإثبات تهمة التواطؤ من خلال ما قد تخفيه نية المتعاقدين، وكأحد القولين للإمام أحمد مراعاة لحاجة الناس ولتوفير حلول ملائمة لمواجهة مشكلات السيولة التي قد يتعرض لها بعض التجار، وأصحاب العمل. ومنهم من اعتبره خلافا للأولى كالأحناف، والقول الثاني للإمام أحمد، ومنهم من حرمه بالفعل سدا للذرائع كالمالكية والإمام ابن تيمية وتلميذه العلامة ابن القيم.... كما يتضح أيضا مما سبق أن هناك اتفاقا بين الفقهاء من المذاهب الأربعة، بدون استثناء، على أنه إذا ثبت وجود تحايل معلن عنه بين **طرفي العقد**، أو شرط صريح منصوص عليه في أحد العقدين، أو في كليهما، للربط بينهما، فإن ذلك يبطل العقد أو يفسده، لما يترتب عليه من وقوع الربا.." (٢)

"... وجاء في المبسوط للسرخسي : " وذكر عن الشعبي أنه كان يكره أن يقول الرجل للرجل أقرضني ، فيقول لا حتى أبيعك، وإنما أراد بهذا إثبات كراهة العينة : وهو أن يبيعه ما يساوي عشرة بخمسة عشر ليبيعه المستقرض بعشرة(أي في السوق) فيحصل للمقرض زيادة ، وهذا في معنى قرض جر منفعة، والإقراض مندوب إليه في الشرع ، إلا أن الناس تطرقوا بهذا إلى الامتناع مما ندبوا إليه ، والإقدام على ما نهوا عنه من الغرر . وبنحوه ورد الأثر إذا تبايعتم بالعينة واتبعتم أذناب البقر ذللتم ، حتى يطمع فيكم ...... (١) .وبمقارنة عموم نماذج البيع للآمر بالشراء التي تتعامل بها البنوك الإسلامية حاليا من خلال الأدوات المصرفية المختلفة التي تطبقها مع عملائها، بتلك التي تكلم عنها و تعرض لها العلماء على اختلاف مذاهبهم على أنها من بيوع العينة، يتضح أن جميع النماذج المصرفية المستخدمة سواء كانت خاصة بعقود التورق بجميع أشكاله، أو كانت من الأدوات التمويلية الأخرى التي تستخدمها كالمرابحة والمشاركة المتناقصة والاستصناع والإيجار المنتهي بالتمليك...إلخ، تكاد تطابق إلى حد كبير النماذج التي أشار إليها هؤلاء العلماء، وبصفة خاصة تلك التي تعرض لها فقهاء المالكية، وكذا شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم، في النموذج

---

(١) الأسهم والمعاملات والمعاصرة، ١٥/٢

(٢) التورق . حسين كامل فهمي، ص/١٣

الذي سماه بالثلاثية، والذي يتوسط فيه طرف ثالث ليحلل الربا **لطرفي العقد**، وكذا بعض النماذج المتعددة التي أشار إليها الأحناف، وهو ما لا يخفى جميعه على الله عز وجل.____________(١) ... السرخسي: المبسوط : ٣٦/١٤.." (١)

"... السؤال الثاني: إذا استندت البنوك الإسلامية في ممارستها لعقود التورق بجميع أشكالها مع عملائها، أو في أي عقود أخرى تقوم بها من جنس البيع للآمر للشراء كالمرابحة والمشاركة المتناقصة والاستصناع ... إلخ، إلى قول الإمام الشافعي رحمه الله بجواز ما يقوم به بعض الأفراد من بيع سلعة ما لأحد الأشخاص بسعر آجل، ثم يشتريها منه بسعر حال (أقل)، دون النظر إلى النية الكامنة في صدر كل من **طرفي العقد**. فهل هذا يبرأ ذمتها أمام الله ثم أمام عملائها من الوقوع في الربا في هذا النوع من التعامل؟... الجواب على ذلك : لقد سبقت الإشارة بالتفصيل إلى رأي السادة فقهاء الشافعية عن بيع العينة وأنه جائز مع الكراهة، إلا إذا كانت نية الربط بين العقود مشروطة صراحة في أي عقد منها، ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا وغير جائز، بلا خلاف بين الأصحاب في المذهب.... ويقول الإمام السبكي في هذا الشأن : "فإن فرض الشرط مقارنا للعقد بطل بلا خلاف، وليس محل الكلام، وإنما محل الكلام فيما إذا لم يكن مشروطا في العقد، وذلك من الواضحات (١) .____________(١) ... السبكي: تكملة المجموع:١٣٠/١٠.." (٢)

"ومن ناحية أخرى، يجب ملاحظة أن الإمام الشافعي رحمه الله لم يجز بيع العينة التي تثبت فيها تهمة المفسدة واضحة، ويؤكدها التواطؤ المشروط بين **طرفي العقد**. وليس أدل في هذا الشأن من قول كل من الإمام ابن القيم في الإعلام ، والذي عزه الإمام ابن حجر العسقلاني في الفتح (وهو في الأصل شافعي المذهب). قال ابن القيم رحمه الله: أحدث بعض المتأخرين حيلا لم يصح القول بها عن أحد من الأئمة، ومن عرف سيرة الشافعي وفضله علم أنه لم يكن يأمر بفعل الحيل التي تبنى على الخداع وإن كان يجري العقود على ظاهرها، ولا ينظر إلى قصد العاقد إذا خالف لفظه، فحاشاه أن يبيح للناس المكر والخديعة، فإن الفرق بين إجراء العقد على ظاهره فلا يعتبر القصد في العقد وبين تجويز عقد قد علم بناؤه على المكر مع العلم بأن باطنه بخلاف ظاهره ظاهر، ومن نسب حل الثاني إلى الشافعي فهو خصمه عند الله فإن الذي جوزه بمنزلة الحاكم يجري الحكم على ظاهره في عدالة الشهود فيحكم بظاهر عدالتهم وإن كانوا

---

(١) التورق . حسين كامل فهمي، ص/٣٣

(٢) التورق . حسين كامل فهمي، ص/٣٤

في الباطن شهود زور. وكذا في مسألة العينة، إنما جوز أن يبيع السلعة ممن يشتريها جريا منه على أن ظاهر عقود المسلمين سلامتها من المكر والخديعة، ولم يجوز قط أن المتعاقدين يتواطآن على ألف بألف ومائتين ثم يحضران سلعة تحلل الربا ولا سيما أن لم يقصد البائع بيعها ولا المشتري شراءها، ويتأكد ذلك إذا كانت ليست ملكا للبائع كأن يكون عنده سلعة لغيره فيوقع العقد ويدعى أنها ملكه ويصدقه المشتري فيوقعان العقد على الأكثر ثم يستعيدها البائع بالأقل ويترتب الأكثر في ذمة المشتري في الظاهر، ولو علم الذي جوز ذلك بذلك لبادر إلى إنكاره، لأن لازم المذهب ليس بمذهب، فقد يذكر العالم الشيء ولا يستحضر لازمه حتى إذا عرفه أنكره"..." (١)

"... السؤال الخامس: هل صيغة البيع للآمر بالشراء التي يقوم عليها عقود التورق وعقود المرابحة، وغيرها من أدوات الائتمان المصرفية، تتضمن بيعا صوريا للسلعة ؟... الإجابة: عندما نقول أن التعاقد مع البنوك الإسلامية يتضمن بيعا صوريا للسلعة، فإننا نعني بذلك أن أحد طرفي العقد أو كليهما لا يقصد اقتناء السلعة المشتراة أو المباعة نفسها من خلال العقود المتتالية التي يحررها. ويقول الإمام ابن القيم في هذا الشأن: وأما النية والقصد: فالأجنبي المشاهد لهما يقطع بأنة لا غرض لهما في السلعة وإنما القصد الأول مائة بمائة وعشرين فضلا عن علم المتعاقدين ونيتهما. لذلك يتواطأ كثير منهم على ذلك قبل العقد، ثم يحضران تلك السلعة محللا لما حرم الله، (١)وبالتدقيق في النماذج محل البحث وهي أدوات التورق بجميع أشكالها، سنلاحظ أنها صممت لتحقيق هدف واحد معلن ومتفق عليه من البداية بين طرفي العقد، وهو توفير التمويل الائتماني النقدي السائل سواء لعميل البنك أو للبنك نفسه. فلا العميل يريد إقحام نفسه في امتلاك سلعة مثل القصدير أو النحاس أو القمح أو الشعير، لأنه قد لا يستطيع بيعها أو التصرف فيها بعد ذلك. ولا البنك له مآرب من الاحتفاظ بتلك السلع لأي فترة من الفترات، سواء قصرت أم طالت. لأنه قد يعرض نفسه لمخاطر أزمات السيولة.وسيأتي مزيد من التفصيل لإثبات أن رغبة التعامل الصوري في عقد التورق . وفي معظم العقود الأخرى القائمة على صيغة البيع للآمر بالشراء . تأتي من كلا الطرفين، وليس من طرف واحد فقط.... السؤال السادس: لماذا تنتهج البنوك مسلك البيوع الصورية، وكيف يمكن اثبات التعامل الصوري على البنك؟____________(١) ... ابن القيم : حاشية على سنن أبي داود:٩/٣٣٩.." (٢)

---

(١) التورق . حسين كامل فهمي، ص/٣٥

(٢) التورق . حسين كامل فهمي، ص/٤٦

"أما السبب في هذا المنع، فهو ببساطة شديدة أن تلك البنوك تحتفظ لديها بحسابات جارية قابلة للسحب عند الإطلاع، بالإضافة إلى أنواع أخرى من الحسابات قصيرة ومتوسطة الأجل . فإذا لم يستجب البنك - سواء كان تقليديا أو إسلاميا - لقواعد الأصول والأحكام المتعارف عليها في النشاط المصرفي و في قوانين البنوك، وحاول اقتناء سلع حقيقية بأحجام كبيرة للتجارة فيها بشكل يتخلله القبض الفعلي، واكتظ بها مركزه المالي، فإنه إذا قابل أي أزمة سحب مفاجئ لأي سبب من الأسباب، ففي أغلب الظن لن يستطيع التصرف في هذه السلع والبضائع على وجه السرعة بما يكفي لمواجهة هذه المشكلة. وبالتالي قد يتعرض للإفلاس خلال ٢٤ ساعة، ويترتب على إفلاسه مفاسد اقتصادية عظيمة قد تعم الاقتصاد القومي للدولة ككل.وأما السبب في أننا نصف التعامل السلعي للبنوك بأنه صوري، وأن السلع فيه غير مقصودة، فهو أن كثيرا من الاقتصاديين قد دأبوا بصفة مستمرة على ابتكار صيغ مستحدثة لمساعدة البنوك الإسلامية على التخلص من السلع قبل دخولها مبنى البنك والتفرغ لعمليات الائتمان، كما هو الحال بالنسبة لصيغة عقود التورق التي نحن بصدد بحثها الآن، وهي كما أوضحنا شكل مستحدث من أشكال البيع للآمر بالشراء(بجميع أشكاله)، و هي تضيف حيلة جديدة من الحيل التي يقتني بها عميل البنك (أو البنك نفسه) السلعة صوريا ثم يتصرف فيها من خلال ما يعرف بالقبض الحكمي. وهذه الصورة وإن كانت تحاكي وسيلة بيع المرابحة للآمر بالشراء وكذا سائر الأدوات الأخرى التي تستخدمها البنوك الإسلامية، في أن كلا منها تعد وسيلة إلى الحرام، إلا أنها أفدح منهم جميعا نتيجة لإفصاح كل من **طرفي العقد** عن مقصده من الحيلة التي ترتبط بها هذه الأداة علنا، وبجرأة عظيمة.." (١)

"... أن الحكم على أداة التورق في حد ذاتها بعدم الجواز، ليس له علاقة مباشرة بموضوع القبض الحكمي، وهو في أصله جائز بالنسبة لحالات استثنائية معينة ومحددة، وقد جوزه الفقهاء في بعض من المسائل التي يصعب فيها القبض الفعلي. وإنما نرجع إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث رقم (٦): " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى". ومن توسل بوسيلة صورتها حلال ليأتي بها عملا حراما، فإنما عمله مردود عليه عند الله. فإذا كان العمل نفسه حرام، وكان كل من المقصد والنية فيه واضحين، فلا يحتاج الأمر لكي نحكم على هذا العمل بالحرمة النظر في الوسيلة المستعان بها وهي النض الحكمي. وعلى سبيل المثال إذا وسط كل من **طرفي العقد** سلعة فعلية كحريرة أو علبة حلوى على سبيل المثال، وتبادلاها بينهما مراعيان في ذلك جميع أركان وشروط عقد البيع، فيقول البائع بلفظ البيع القاطع

---

(١) التورق - حسين كامل فهمي، ص/٤٩

بصيغة الماضي:"بعتك هذه السلعة بسعر آجل قدره مائة وعشرون ألف جنيه "، فيرد عليه المشتري بصيغة الماضي أيضا قائلا: "اشتريت" ، ثم يقبضها منه المشتري قبضا فعليا، وقد يسير بها بضع خطوات إلى الخارج، ثم يعود إلى البائع مرة أخرى ليبيعها له بنفس الأسلوب ويسلمها له، ولكن بسعر مائة ألف جنيه. فالسلعة موجودة في كلتا البيعتين، والسعر معلن بينهما، والصيغة واضحة، والقبض الفعلي تم، والاستلام تم. إلا أن العلماء المانعون لهذا البيع يرون بعد إتمام جميع هذه الخطوات بطلان كلتا البيعتين. والسبب في ذلك أن النية والقصد واضحان من البداية أنهما لم يتوجها أصلا لشراء وبيع الحريرة أو علبة الحلوى، وإنما الأمر لا يتعدى كونه مائة ألف بمائة وعشرين ألفا، تحايلا عليه من خلال بيعتين متتاليتين.البعد الثاني: مشكلة قبض السلعة:." (١)

"وكذلك الاستصناع للعقارات والآلات الصناعية والمصانع وما شابه ذلك فمحلة عقد السلم عن طريق شركات المقاولات وشركات التصنيع الكبيرة، وهو رأي جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة، وليس عن طريق عقد الاستصناع عن طريق البنوك. حيث يمكن دفع قيمة كل مرحلة من مراحل التصنيع مقدما، وليس مؤخرا كما هو وارد بالقرار ٦٥(٧/٣) الصادر من المجمع في هذا الشأن. والذي لا يعكس إلا تمويلا ائتمانيا نقديا محضا من قبل الصانع، أو الممول(البنك)، وهو ملزم للطرفين مسبقا وفقا لقرار المجمع، ويحصل البنك أو حتى الصانع مقابله في النهاية على أجرة تشمل تكلفة الصنع والعمل، بالإضافة إلى أجرة على إقراض المال، بما يؤدي إلى وقوع الربا بدون أدنى شك(وهو يمثل تكلفة الفرصة البديلة لوحدات النقود المقرضة طوال فترة التمويل، التي قد تصل في بعض الأحيان إلى عدة سنين).كذلك فإن طلب الشركات من الناس للإسهام في رؤوس أموالها أو زيادته، يكون من خلال سوق رأس المال عن طريق عقد الشركة الشرعي الموروث، الذي يشترك فيه الشركاء (قدامى ومحدثون جميعا) في رأس المال، ولا يجوز لأي من طرفي العقد الاشتراط مسبقا على الطرف الآخر ضمان رأس المال، كما لا يجوز للشركات إلزام الشركاء مسبقا على التخارج من الشركة، كما هو الحال في عقد الشركة المتناقصة الذي تستخدمه البنوك الإسلامية للالتفاف حول تمويل ائتماني محض لشراء سيارة أو غسالة لأحد العملاء.." (٢)

"١ . ... لقد تأكد للباحث بعد استعراضه لكافة الأدلة النقلية والعقلية التي وردت بالبحث بخصوص النوعين الأولين من التورق المصرفي (المباشر، والعكسي)، صورية العقود التي تتعامل بها بعض البنوك

---

(١) التورق . حسين كامل فهمي، ص/٦٢

(٢) التورق . حسين كامل فهمي، ص/٧٧

الإسلامية حاليا مع عملائها في إطار كل نوع من هذين النوعين من العمليات. إذ أن نية الطرفين معلنة ومبيتة بين كل منهما من بداية التعاقد حتى نهايته، على اتخاذ عقود البيع والشراء كوسيلة لتوفير التمويل الائتماني سواء لعملاء البنوك (التورق المباشر)، أو للبنوك نفسها (التورق العكسي)، في صورة نقدية سائلة محضة، في مقابل دفع مبالغ زائدة، وهذا هو عين الربا.٢ . ... لقد تأكد لدى الباحث أيضا من واقع نفس الأدلة النقلية والعقلية، وكذلك من فحص المراكز المالية لبعض البنوك الإسلامية، على صورية العقود التي تتعامل بها هذه البنوك من خلال عمليات البيع للآمر بالشراء بصفة عامة (كالمرابحة . والمشاركة الـمتناقصة . الاستصناع . الإجارة المنتهية بالتمليك). وأن السلع المباعة ، والمشتراة لا غرض للبنوك فيها، وإنما الغرض من إمضاء عقود البيع هو التربح من وراء منح التمويل الائتماني نفسه الذي تتخصص فيه البنوك، وهو يمثل نشاطها الأساسي.٣ . ... أظهر البحث أن هناك تماثلا واضحا بين بعض نماذج بيوع العينة التي أشار إليها علماء المالكية وشيخ الإسلام ابن تيمية والعلامة ابن القيم وبعض من علماء الأحناف والحنابلة، وبين تلك التي تتعامل بها البنوك الإسلامية حاليا تحت اسم عمليات التورق المصرفي المنظم، وكذا عمليات البيع للآمر بالشراء بصفة عامة (المرابحة . المشاركة المتناقصة . الاستصناع . الإجارة المنتهية بالتمليك)، وبصفة خاصة في ظل الربط المتعمد بين هذه العقود من خلال ما يحرره طرفي العقد من وعود لها صفة الإلزام.." (١)

"٢ . ... أظهرت الأبحاث أن هناك تماثلا واضحا بين بعض نماذج بيوع العينة التي أشار إليها علماء المالكية وشيخ الإسلام ابن تيمية والعلامة ابن القيم وبعض من علماء الأحناف والحنابلة، وبين تلك التي تتعامل بها البنوك الإسلامية حاليا تحت اسم عمليات التورق المصرفي المنظم، وبصفة خاصة في ظل الربط المتعمد بين هذه العقود من خلال ما يحرره طرفي العقد من وعود لها صفة الإلزام.٣ . يرى المجمع أن النماذج التي تتعامل بها البنوك الإسلامية تحت اسم التورق بجميع أنواعه، ينطبق عليها حديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذي نهى فيه عن بيعتين في بيعة، وكذا حديثه عليه الصلاة والسلام عن النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن سلف وبيع، وعن ربح ما لم يضمن. لما تتضمنه هذه النماذج على الأقل من بيعتين، إحداهما بالنقد بسعر حال، والأخرى بسعر آجل. وأن التعامل في جميع هذه النماذج يتم بشكل صوري، وغير مستوف لشروط القبض الحقيقي.٤ . يرى الفقهاء من جميع المذاهب . ومنهم المالكية . عدم جواز تصرف المشتري بالبيع لجميع أنواع السلع(سواء طعام أو غير طعام) التي تكال أو توزن، وتباع على

(١) التورق . حسين كامل فهمي، ص/٨١

أساس آجل، إلا بعد القبض عن طريق استيفاء الوزن أو الكيل من البائع. وبأنه يشترط لنقل الملكية للمشتري الثاني في هذه الحالة جريان كل من صاع البائع وصاع المشتري في الكمية المباعة.وبمراعاة أن جميع أنواع عقود بيع السلع للآمر بالشراء التي تحررها البنوك الإسلامية لعملائها ـ أو يحررها العملاء للبنوك ـ من خلال عمليات التورق بجميع أنواعه هي بثمن آجل. فإن الحكم على كل من: التصرف في هذه السلع قبل قبضها وجريان صاع البائع والمشتري فيها، أو قبضها قبضا حكميا بدون مبرر، أو تداولها بين الناس بموجب إيصالات قبل استيفائها، يصبح من الناحية الشرعية غير جائز.." (١)

"" وثق الشيء بالضم وثاقة قوي وثبت فهو وثيق ثابت محكم وأوثقته جعلته وثيقا"(١)."والوثيقة في الأمر إحكامه " (٢)"واستوثق منه: أخذ الوثيقة." (٣)والوثيقة: بفتح الواو والقاف وكسر الثاء ج وثائق، من وثق (بضم الثاء) الشيء: ثبت وقوي وصار محكما." (٤)" والوثيقة الإحكام "(٥)التوثيق اصطلاحا : إذا عرفنا أن معنى التوثيق لغة هو الإحكام، فليس هناك معنى اصطلاحي له، إلا أنه بحسب ما يضاف إليه عرفا، وعليه يكون التوثيق في الطلاق والنكاح هو إحكامهما بالكتابة والتدوين حتى يرجع له عند التنازع والحاجة، ويؤيده ما جاء بالمادة الثالثة والعشرون الخاصة بعقد النكاح من نظام مأذوني عقود الأنكحة والتي نصها " : تدون كافة البيانات في دفتر الضبط مع أخذ توقيع **طرفي العقد** والولي والشاهدين وإخراج الوثيقة من واقعه"، مع ملاحظة أن نظام مأذوني عقود الأنكحة لم ينص على توثيق الطلاق .و " التوثيق علم يبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والتصرفات، وغيرها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به، والوثيقة هي الورقة التي يدون فيها ما يصدر عن شخص أو أكثر من العقود أو التصرفات أو الالتزامات أو الإسقاطات" (٦)المطلب الثاني : الإشهاد لغة واصطلاحا .الإشهاد لغة :_____________(١) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير - (ج ١٠ / ص ٢٤٩) مادة (و ث ق)(٢) لسان العرب - (ج ١٠ / ص ٣٧١)(٣) القاموس المحيط - (ج ٣ / ص ١٤)(٤) معجم لغة الفقهاء - (ج ١ / ص ٤٩٩)(٥) لسان العرب - (ج ١٠ / ص ٣٧١)(٦) وسائل الإثبات . د محمد الزحيلي ٢٧/١." (٢)

"أما الحاجة العامة: فهي ما يكون الاحتياج فيها شاملا لجميع الناس. وأما الحاجة الخاصة: فهي ما يكون الاحتياج فيها خاصا بطائفة من الناس كأهل بلد أو حرفة، ومعنى كون الحاجة متعينة: أن تنسد جميع الطرق المشروعة للوصول إلي الغرض، سوى ذلك العقد الذي فيه الغرر.ولو سلمنا بوجود الحاجة للتأمين

---

(١) التورق ـ حسين كامل فهمي، ص/٨٧

(٢) التوثيق والاشهاد للنشر، ص/٢

في الوقت الحاضر، فإن الحاجة إليه غير متعينة، إذ يمكن تحقيق الهدف منه بطريق التأمين التعاوني القائم على التبرع، وإلغاء الوسيط المستغل لحاجة الناس، والذي يسعي إلي الربح، وهو شركة الضمان ، فيكون التأمين عقد معاوضة مشتملا على غرر كثير من غير حاجة متعينة في الإسلام، فيمنع.وإذا سلمنا بكون الحاجة متعينة، جاز التأمين بالقدر الذي يزيل الحاجة فقط، عملا بالقاعدة الشرعية: الحاجة تقدر بقدرها .ومما يدل على فساد التأمين: أن الغرر المفسد للعقد يشترط فيه أن يكون المعقود عليه أصالة وهذا متحقق في عقد التأمين التجاري .ويفهم من اشتمال التأمين على الغرر اشتماله أيضا على الجهالة، والجهالة في البدلين بارزة في التأمين، وهي جهالة مقدار ما يدفعه كل من طرفي العقد (المؤمن والمستأمن) للآخر، وهو قابل للكثرة والقلة، بل أن ما يدفعه المؤمن بدلا أو عوضا عن الضرر أو الهلاك على خطر الوجود، والخطر الذي هو مسوغ العقد قد يقع وقد لا يقع، وكل هذا يجعل الجهالة فاحشة كثيرة تؤدي إلي إبطال العقد.ويكون عقد التأمين ممنوعا شرعا لاشتماله على فاحش الغرر والجهالة، ولا يؤبه بالعلم بمبلغ كل قسط عند حلول ميعاده، فهو صحيح انه مبلغ معلوم، لكن كمية الأقساط هي التي فيها الجهالة، ورضا المؤمن بدفع التعويض عند وفاة المستأمن أو حدوث حادث له، ضمن مدة محددة بالعقد، مهما بلغ عدد الأقساط قلة وكثرة، لا قيمة له، لأنه رضا مخالف لقواعد الشرع ونصوصه المانعة من الغرر، كالرضا في القمار أو الزنا ، لا يحل واحد منهما، لأن الحرام لا ينقلب مباحا باتفاق الناس عليه أو رضاهم به.وكون الجهالة فاحشة فإنها تؤثر في العقد وتبطله، ولو لم تفض إلي المنازعة، أما الجهالة اليسيرة غير المفضية إلي النزاع عادة فهي المغتفرة، والجهالة في التأمين أفحش مما صوره الفقهاء للجهالة الفاحشة المفضية إلي النزاع وإفساد عقد البيع مثلا، كبيع الفجل والجزر في الأرض، فهذان موجودان في الأرض، لكنهما مجهولان على طريق الظهور والعلم، أما في التأمين فبدل الهلاك أو عوض التأمين مرجوح الوجود، قد يحدث وقد لا يحدث، وهذا احتمال يضعف مشروعية العقد.لكل ما سبق وغيره من الموانع لا يحل للتاجر وغيره من المستأمنين أخذ بدل الهالك من مال "السوكرة" أو التأمين ، لأنه مال لا يلزم من التزم به، كما ذكر ابن عابدين ، ولأن اشتراط الضمان عل الأمين باطل كما قرر فقهاء الحنفية.______________." (١)

"شروط صحة عقد الضمان بنظر الإمام:١- يشترط في الموجب والقابل كل ما يشترط فيهما في سائر العقود.٢- يشترط:- تعيين المؤمن عليه من شخص أو مال أو مرض.- تعيين طرفي العقد المؤمن والمستأمن.- تعيين المبلغ المدفوع من قبل المؤمن.- تعيين الخط الموجب للخسارة.- تعيين المبلغ الذي

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٣٨٠

يدفعه المستأمن.- تعيين زمان التأمين ابتداء وانتهاء.تصحيح التأمين التعاوني:وهذا العقد يمكن تصحيحه بالطرق المذكورة ومنها جعله عقد ضمان "بأن يضمن كل خسارة شركائه بالنسبة في مقابل ضمانهم لخسارته ويكون الأداء من المال المشترك".ولكن الإمام يستظهر فيه الالتزام بجبر الخسارة في مقابل جبرهم للخسارة بنسبة ماله في المال المشترك وهو عقد لازم .ويحتمل أن يكون عقد شركة التزم كل في ضمنه خسارة كل واحد منهم وحينئذ يكون جائزا .______________." (١)

"(ج) التقسيم الثالث: تأمين خاص وتأمين اجتماعي:١- فالتأمين الخاص هو ما يعقده المؤمن على نفسه من خطر معين، ويكون الدافع إليه هو الصالح الشخصي.٢- والتأمين الاجتماعي هو ما كان الغرض منه تأمين الأفراد الذين يعتمدون في معاشهم على كسب عملهم من بعض الأخطار التي يتعرضون لها فتعجزهم عن العمل كالمرض والشيخوخة والبطالة والعجز. وهو يقوم على فكرة (التضامن الاجتماعي) ويشترك في دفع القسط مع المستفيد أصحاب العمل والدولة التي تتحمل هنا العبء الأكبر.(د) التقسيم الرابع: تأمين إجباري وتأمين اختياري:١- فالأول ما ألزمت به الدولة في قطر رعاياها كالتأمين الاجتماعي مار الذكر والتأمين على السيارات.٢- الثاني ما كان خلاف ذلك (١) .وبعد: فيظهر مما تقدم كله ما يلي:١- أن عقد التأمين عقد معاوضة في غير التأمين التعاوني. لأن كلا من طرفي العقد يحصل على مقابل لما يؤديه مشروط في العقد.٢- انه عقد احتمالي (٢) ، وعقد غرر؛ لأن الغرض منه تحمل خطر غير محقق الوقوع، والاحتمال قد يكون في تاريخ وقوع الحادثة لا في وقوعها أو عدمه؛ أي أن الحادثة قد تكون محققة الوقوع ولكن لا يدري متى تقع كالتأمين على الحياة في حال الوفاة.وقد ذكر القانون المصري والسوري عقد التأمين في ضمن عقود الغرر.إلا أن الدكتور السنهوري يرى في عقد التأمين رأيا آخر.فهو يرى أن تعريف القانون المصري لعقد التأمين الذي أسلفناه قاصر لأنه أهمل جانبا رئيسيا من جوانب العقد الفنية ألا وهو جانب الجماعة المتعاونين (مجموع المؤمن لهم) فيما لم ينظر إلي هذا الجانب بعين العناية من قبل المشرعين يكون العقد كله داخلا في المقامرة والرهان الباطل، هذه نقطة.والنقطة الأخرى انه لم يجعل في شرحه الوسيط عقد التأمين من عقود الغرر لأنه يقف من هذا العقد موقفين متناقضين معا في الوسيط شرح القانون المدني المصري :تعريف جامع مانع ولعل أدق التعريفات وأوفرها حظا من التوفيق عند علماء الاقتصاد ذلك التعريف الذي أورده الأستاذ (هيمار) بكتابه في شرح التأمين فقد عرف التأمين على الوجه التالي:(التأمين عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهو المؤمن له نظير دفع قسط على تعهد

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٣٩٣

لصالحه أو لصالح الغير من الطرف الآخر وهو المؤمن على تعهد بمقتضاه يدفع هذا الأخير أداء معينا عند تحقيق خطر معين وذلك عن طريق تجميع مجموعة من المخاطر وإجراء المعاوضة وفقا لقوانين الإحصاء).____________(١) العقد الاحتمالي (هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أو أحدهما وقت العقد معرفة قدر ما يعطي أو يأخذ من العقد)(٢) العقد الاحتمالي (هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أو أحدهما وقت العقد معرفة قدر ما يعطي أو يأخذ من العقد)." (١)

"خصائص عقد التأمين : هو عقد رضائي وملزم للجانبين، ومن عقود المعاوضة، والعقود الاحتمالية (الغرر) ومن العقود الزمنية، ومن عقود الإذعان.١- أما انه عقد من عقود التراضي، فباعتبار أن الإيجاب والقبول ضروريان فيه فينعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول ، لكنه لا يثبت عادة إلا بوثيقة تأمين (بوليصة) يوقع عليها المؤمن، وأصبح في مشروع الحكومة عقدا شكليا.٢- وهو عقد ملزم للجانبين؛ حيث إنه ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل طرف من طرفيه قبل الآخر؛ وتنشأ هذه الالتزامات من اللحظة التي يتم فيها العقد بركنيه الإيجاب والقبول.٣- وهو عقد احتمالي؛ لأنه خسارة أو ربح كل من طرفي العقد غير معروف وقت العقد وهو من المسمى لدى علماء القانون بـ(عقود الغرر).٤- وهو عقد زمني (أي مستمر) حيث لا يتم الوفاء بالالتزام المترتب عليه بصفة فورية، وإنما يستغرق الوفاء بهذا الالتزام مدة من الزمن هي مدة نفاذ العقد.٥- وهو عقد إذعان: حيث يتولى أحد طرفي العقد وضع الشروط التي يريدها ويوضعها على الطرف الآخر فإن قبلها دون مناقشة أو تعديل أبرم العقد وإلا فلا.٦- وهو عقد معاوضة من حيث أن كل واحد من طرفيه يأخذ مقابلا لما يعطي.٧- وهو عقد مسمى: والعقود المسماة هي التي تخضع للأحكام العامة من حيث انعقادها، وللقواعد التي تقررها الأحكام القانونية فيما يتعلق بالتفصيل.____________." (٢)

"ثالثا: رأينا في عقود التأمين"نهي الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر " (١)هل في عقد التأمين غرر؟الجواب: نعم، وليس غير الغرر في نظرى دليلا ظاهرا يناطح الخصم ويظهر عليه، ويشهد لذلك علماء القانون الذين عدوا بالإجماع هذا العقد من عقود الغرر، وقدر أنه من العقود الاحتمالية في خصائصه.والغرر إذا استطاع المبيحون أن ينفوه عن أحد طرفي العقد (المؤمن) فلا بد من أن ينتفي الغرر بالنسبة للمستأمن أيضا وهو ما لم يستطع المبيحون (٢) أن يثبتوه بوجه؛ ثم هل الغرر في التأمين كثير مانع أم لا؟ضابط الغرر الكثير لدي الفقهاء (هو ما غلب على العقد حتى صار العقد يوصف

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٤٠٠

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٤٠٣

به) وأري مع الأخ الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير في كتابه القيم (الغرر وأثره في الفقه الإسلامي) أن هذا الضابط ينطبق على عقد التأمين، فإن من أركان عقد التأمين التي لا يوجد دونها (الخطر) والخطر هو حادثة محتملة لا تتوقف على إرادة أحد الطرفين، ولذا لا يجوز قانونا التأمين إلا من حادث مستقبل غير محقق الوقوع، فالغرر عنصر لازم لعقد التأمين ومن الخصائص التي تتميز بها، ومما يدل على أن الغرر تمكن من عقد التأمين وأصبح صفة لازمة له أن كثيرا من القوانين تذكره تحت عنوان (عقود الغرر) ثم هل هناك حاجة أو ضرورة لعقد التأمين تجعل الغرر الذي في عقد التأمين غير مؤثر.____________(١) رواه مسلم في كتاب البيوع وأبو داود في كتاب البيوع والترمذي في كتاب البيوع والنسائي كذلك في كتاب البيوع وابن ماجة في التجارات والدارمي في البيوع وأحمد في مواضع متعددة(٢) أسبوع الفقه الإسلامي ٤٠٣ انظر الغرر ص٦٥١ وما بعدها." (١)

"رأينا في عقود التأمين نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر ، هل في عقد التأمين غرر؟ الجواب نعم، وليس غير الغرر في نظرى دليلا ظاهرا يناطح الخصم ويظهر عليه ويشهد لذلك علماء القانون الذين عدوا بالإجماع هذا العقد من عقود الغرر. وقد مر أنه من العقود الاحتمالية في خصائصه، والغرر إذا استطاع المبيحون أن ينفوه عن أحد طرفي العقد المؤمن فلابد في أن ينتفي الغرر بالنسبة للمستأمن أيضا، وهو ما لم يستطع المبيحون أن يثبتوه بوجه ما، ثم هل الغرر في التأمين كثيرا مانع أم لا؟ ضابط الغرر الكثير لدى الفقهاء هو ما غلب على العقد حتى صار العقد يوصف به. وأرى مع أخي الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير حفظه الله في كتابه القيم الغرر وأثره في الفقه الإسلامى أن هذا الضابط ينطبق على عقد التأمين، فإن من أركان عقد التأمين التى لا يوجد دونها الخطر والخطر هو حادثة محتملة لا تتوقف على إرادة أحد الطرفين، ولذا لا يجوز قانونا التأمين إلا من حادث مستقبل غير متحقق الوقوع، فالغرر عنصر لازم لعقد التأمين ومن الخصائص التى يتميز بها ومما يدل على أن الغرر تمكن من عقد التأمين وأصبح صفة لازمة له، أن كثيرا من القوانين تذكره تحت عنوان "عقود الغرر". ثم هل هناك حاجة أو ضرورة لعقد التأمين تجعل الغرر الذي في عقد التأمين غير مؤثر، من المعلوم أن الحاجة أدنى من الضرورة منزلة إذ يلزم بلزومها الحرج والضيق ويشترط أن تكون الحاجة لاعتبار الغرر غير مؤثر أن تكون عامة أو خاصة وأن يكون ذلك العقد متعينا لسد تلك الحاجة بحيث لو أمكن سد الحاجة عن طريق عقد لا غرر فيه فلا يصح اللجوء إلى العقد الذي فيه غرر، والذي يبدو لى أن الحاجة عامة لعموم البلوى ولكن

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٤٢٤/٢

عقود التأمين بقسط ثابت ليست متعينة لسد تلك الحاجة، وهذه ناحية مهمة جدا، فالذي تقتضيه قواعد الفقه الإسلامى منع هذا العقد لما فيه من غرر كثير من غير حاجة ملجئة، إذ من الممكن أن نحتفظ بعقد التأمين في جوهره ونستفيد بكل مزاياه مع التمسك بقواعد الفقه الإسلامي وذلك بإبعاد الوسيط الذي يسعى إلى الربح وجعل التأمين كله تأمينا تعاونيا خيريا بحتا تتولاه الحكومات في البلاد الإسلامية بكافة أنواعه فتجعل له منظمة تشرف عليه على أن يكون المعنى التعاوني بارزا فيه بروزا واضحا وذلك بالنص صراحة في عقد التأمين حينئذ على أن المبالغ التى يدفعها المشترك تكون تبرعا منه للشركة يعان منها من يحتاج للمعاونة من المشتركين حسب النظام المتفق عليه.______________." (١)

"ومن ناحية أخرى فإننا بحاجة إلى بحوث مستفيضة حول نظرية العقود ، وتصنيف الصور والمسائل التي تدخل تحت كل عقد على حدة ، مثلا نظرية عقد البيع وما يلحق به من العقود ، نظرية عقد العملة وما يلحق بها من العقود ، حتى إننا في باب نظرية الوكالة نستطيع تكييف خطاب الضمان الذي نظر فيه المجمع في دورته الثانية تحت نظرية عقد ثابتة . وبالتالي نستطيع أن نضمن الصور والمسائل التي قد تتفرع عنه ، ونضمن في الأخير الثبات القانوني لأحكامه الشرعية الاجتهادية ، وهكذا عقد الرهن والحوالة ... إلخ.إن المجتهد أول ما ينظر في معاملات الناس وفي تصرفاتهم إلى صيغة تلك العقود من ناحية الصحة أو البطلان ، انطلاقا من أن العقد ملزم للطرفين المتعاقدين عند توفر شروط العقد الصحيحة وانتفاء موانعه. وعندما ينظر المجتهد إلى النزاع بين **طرفي العقد** لا ينظر إلى زيادة سعر العملة في السوق أو نقصانها ، إنما ينظر أولا إلى صيغة العقد وإلى ما اشتمل عليه ذلك العقد ، فإذا وجد صيغة العقد سليمة من العيوب المبطلة أو المفسدة للعقد فإنه يحكم على الطرفين الوفاء بما التزم به ، حيث كان التزامهما صحيحا شرعيا ، فإذا كان العقد ينص على مبلغ مائة دينار يمني على فلان من الناس لآخر ، وكان الدينار قائم الاعتبار القانوني في التعامل به بين الناس، فإن من عليه المبلغ المذكور عليه رد ذلك المبلغ المعين في العقد وقت حلول أجل الأداء ، سواء طلع ذلك المبلغ بعملة أخرى أو نزل ؛ ذلك لأن تحديده وتعينه في صيغة العقد قطع كل ما يؤدي إلى التنازع بين الطرفين المتعاقدين.______________." (٢)

"ومثل عقد الإجارة ، كما إذا أجد شيئا بمائة دينار، فإن الناس قد تعارفوا على تأجيل دفع الأجرة المستحقة المنصوص عليها في عقد الإيجار إلى نهاية مدة التأجير ، فإن المؤجر يقبضها بالسعر السائد

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٥٢٣/٢

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٩٩٤/٢

وقت الأداء لا وقت العقد ، سواء طلعت قيمة العملة المنصوص عليها في عقد الإجارة أو هبطت عن سعرها وقت العقد، فليس للمؤجر إلا العملة المنصوص عليها في العقد بسعرها وقت حلول الأجل ، سواء أكان السعر لصالحه أم لصالح المستأجر ؛ لأن زيادة سعر العملة أو نقصانها منصب على العملة المسماة المتفق عليها في العقد لا في غيرها. ولو قلنا : يأخذها المستأجر بسعرها يوم الإجارة ، فقد يكون سعرها طلع ثم انخفض عند الأداء ، وبالإضافة إلى المحاذير التي سبقت الإشارة إليها، فإننا لو سمحنا لأحد طرفي العقد بأن يعطيها حسب تقلبات سعر تلك العملة في الأسواق ، فإنه يلزمنا التناقض في الأحكام الشرعية وعدم ثباتها في القضية الواحدة ؛ فتارة نحكم للمستأجر إذا انخفض سعر العملة وقت العقد ، وتارة نحكم عليه إذاكان سعر العملة وقت العقد مرتفعا ثم انخفض سعرها وقت الأداء. وهذا باب واسع للحيل وفتح الفتن والنزاع ، فإن الناس عامة يحرصون على مصالحهم ، والتي قد لا تكون هذه المصالح مشروعة في كثير الأحيان من الأوقات. فقد يرفض المؤجر عن استلام أجرته إذا لم يكن لسدادها وقت محدد ؛ طمعا في طلوع سعر تلك العملة ، وقد يؤخرها المستأجر إذا لم يكن دفعها مجددا بوقت معين طمعا في انخفاض سعر العملة التي اشتمل عليها عقد الإيجار ، وقس على ذلك البيوع والديون ... إلخ.والذي جرى عليه عرف المسلمين بأن المائة الدينار المنصوص عليها في عقد الإيجار يدفع المستأجر وقت الأداء بسعرها السائد في السوق ، وبقيمتها المالية مائة دينار المنصوص عليها في العقد ، فيدفعها بسعرها وقت الأداء ، سواء زاد سعرها عن يوم العقد أو نقص؛ لأن زيادة السعر أو نقصانه واردة على المسمى في العقد لا على غيره ، والمحذور شرعا هو أن يزاد عن القيمة المالية الحقيقية لتلك العملة التي اشتمل عليها العقد ، وبأن يزيد مثلا المؤجر على المائة الدينار خمسة دنانير ، فتصبح مائة وخمسة ، وهي التي نهى عنها الشرع، أما زيادة أو نقصان العملة ذاتها المتفق عليها فإنها لا تدخل تحت أي باب من أبواب الربا على الإطلاق.وهذا ما عليه التعامل في البلاد الإسلامية ، فكان ذلك إجماعا منهم على صحته ، وإن كان إجماعا سكوتيا إلا أنه في ميدان المعاملة من الضروريات التي لا يخفى على المسلمين حكمها ، فكان إجماعهم السكوتي في قوة الإجماع الصريح ، ونحن خلف لخير السلف لا نقول بغير هذا. وبالله التوفيق والله أعلم.__________." (١)

"هذه خلاصة الصيغة التي طرحها القانون الأردني لسندات المقارضة. ولو نظرنا فيها بإمعان. وجدنا أن فيها مؤاخذات من الناحية الشرعية.١- إن طبيعة المضاربة أو المقارضة تقتضي أن لا يضمن لأحد من

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٩٩٩/٢

الفريقين برأس المال ولا بالربح ، فإن ما يحصل لهما ليس فائدة ربوية ، وإنما هو ربح تجاري ، والربح التجاري إنما يستحق من جهة تحمل الأخطار ، فإذا كان رأس المال مضمونا لرب المال ، خرج العقد عن طبيعة المضاربة. وبما أن القيمة الاسمية للسندات في الصيغة الأردنية مضمونة لحامليها ، فإن هذا الشرط لا يوافق المضاربة المعهودة في الشريعة الإسلامية.وربما يقال : إن الذي ضمن هذه القيمة ليس مصدر السندات أو العامل ، وإنما ضمنته الحكومة كطرف ثالث ، والممنوع في الشريعة أن يضمن أحد **طرفي العقد** بالمال للطرف الآخر. فأما إذا جاء شخص ثالث ، وضمن لأحدهما ما يخسره في العقد فلا مانع منه شرعا.ولكن هذا العذر غير وارد في الصيغة الأردنية. لأن الحكومة لا تضمن ههنا بالقيمة الاسمية لحامل السند نيابة عن الجهة المصدرة ، ولذلك يعتبر المال المدفوع قرضا للحكومة في ذمتها ويجب عليها أداؤه عندما يتم الإطفاء الكامل للسندات. وما دامت الجهة المصدرة تلتزم بأداء هذا المبلغ إلى الحكومة ، أن الضامنة في الحقيقة هي الجهة المصدرة للسند ، لا الحكومة.٢- ولئن تصورنا تعديل القانون بأن تكون الحكومة متبرعة محضة ، ولا يعتبر المال المدفوع من قبلها قرضا في ذمة الجهة المصدرة ، فحينئذ تدخل هذه الصيغة المعدلة في حكم (ضمان الطرف الثالث) وإن الضابط المعروف في الفقه الإسلامي أن الكفيل إنما تصح كفالته لما هو مضمون على الأصيل ، كالقرض ، وثمن البيع ، وسائر الديون. أما ما لم يكن مضمونا على الأصيل ، فلا تصح كفالته ، مثل الوديعة ورأس مال الشركة والمضاربة ، وما إلى ذلك ، وهذا الضابط معروف في كتب الفقه ليس فيه خلاف لأحد من العلماء.وإليكم بعض النصوص الفقهية في هذا المجال :______________." (١)

"وإذا لم يتعلق بالأمر دليل يحرم فيعود الأمر إلى الإباحة ثم استحوذ على القائمين على البديل لسندات القرض الربوي فكرة أساسية هي أن هذه الصورة هي صورة من النشاط الاقتصادي الحلال. ثم عملوا على وجود سند للتحليل وذلك بالاعتماد على أن الأصل في الأشياء الإباحة وهذا جديد لم يرد فيه نهي عن الشارع فهو مباح ثم أخذ الداعون إلى اعتماد هذه الصورة يبحثون عن طبيعتها فيقول صاحب البحث المقدم: إنهم ترددوا بين كونها مضاربة أو شركة.الفريق الأول :وارتضى الفريق الأول أن العقد عقد قراض بناء على أن أركان العقد قد توفرت وهي المقارض وهو صاحب السهم ، والمقارض الوزارة ورأس المال ما دفع من مال ناض في السند ونسبة الربح محددة معلومة **لطرفي العقد** .وإن الفرق بين الشركة والقراض أنه في عقد الشركة لا بد أن يكون قيمة السهم هي القيمة الحقيقية بينما في القراض تعتمد القيمة الاسمية عند

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٧٧٢٥

الإطفاء إذ هو رأس المال المدفوع.وحلوا تداول الأسهم بأن الاختلاف عن القيمة الاسمية في التداول تحكمه عوامل السوق التي من أهمها مقدار الأرباح المتوقعة من امتلاك السندات ومدى الثقة بالحصول عليها مستقبلا بالمقارنة مع صور الاستثمار الأخرى.وأن القيمة السوقية للسند تتألف من القيمة الحالية لرأس المال مضافا إليها القيمة الحالية للأرباح وفي هذا تدخل جميع العوامل المؤثرة على ربحية المشروع.وجعلوا مبدأ تداول السندات بدو صلاح المشروع قياسا على بدو صلاح الثمرة وكمكان معروض يعتبر الوجود القانوني للمشروع بدو صلاحية دون البداية الفعلية.الفريق الثاني :حسب البحث المقدم هي وجهة نظر ثانية يقول الدكتور عبد السلام – وأما الباحثون الذين أدخلوا في مفهوم علاقة المضاربة مفهوم الشركة باعتبار أن هناك مشاركة في المشروع بين المكتتبين والجهة المصدرة فإنا نستطيع أن نجد ذلك في الورقة التي أعدها مجموعة من الخبراء عن الأوراق الإسلامية بتكيلف من البنك الإسلامي للتنمية بجدة في اجتماعه المنعقد ٥/ ٦ ربيع الثاني ١٤٠٦هـ – ١٧/ ١٨ ديسمبر ١٩٨٥ وقد انتهت اللجنة إلى إقرار جواز جمع الأموال بطريقة إصدار ورقات مالية تتخذ الصورة النقدية في البداية ثم تتحول بعد ذلك إلى أعيان ومنافع داخل أي شكل من أشكال التنظيمات. وأنه يمكن أن تنتقل ملكية الورقة من شخص إلى آخر بالطرق الشرعية.______________." (١)

"٣- مع مراعاة الضوابط السابقة في التداول :يتم تداول صكوك المقارضة في أسواق الأوراق المالية إن وجدت وذلك وفقا لظروف العرض والطلب ويخضع لإدارة العاقدين. كما يتم التداول بقيام الجهة المصدرة أو غيرها في فترات دورية معينة بإعلان أو إيجاب يوجه إلى الجمهور تلتزم بمقتضاه خلال مدة محددة بشراء هذه الصكوك بسعر معين. ويحسن أن تستعين في تحديد السعر بأهل الخبرة وفقا لظروف السوق والمركز المالي للمشروع .٥- لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو نسبة معينة من الربح بأن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمنا كان العقد قرضا لا قراضا وتطبق عليه أحكام القرض فلا يجوز دفع زيادة عليه ولو لم تكن محددة المقدار.٦- لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادرة بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقا أو مضافا للمستقبل. وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعدا ملزما بالبيع. وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء فإن ترتب على الإخلال بالوعد ضرر بالموعود لزم الواعد تعويضه وفقا لأحكام الضمان الشرعية.٨- لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصا

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٧٧٤٧

يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد باطلا.ويترتب على ذلك :أ – عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها.ب – إن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي ، وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة ، ويعرف مقدار الربح ، إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد ، وما زاد عن رأس المال فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة ، وفقا لشروط العقد .ج – أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلنا وتحت تصرف حملة الصكوك.٧- يستحق الربح بالظهور ، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته ، وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.٨- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة ، إما من حصة حلمة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري ، وإما من حصتهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال______________." (١)

"سابعا : يستحق الربح بالظهور ، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته ، ما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.ثامنا : ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة في نهاية كل دورة ، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر رأس المال.تاسعا : ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث بمبلغ بالتبرع مخصص لجبر الخسران في مشروع معين ، على أن يكون التزامه مستقلا عن عقد المضاربة بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.عاشرا : نظرا لما لعقارات الأوقاف من طبيعة خاصة وأحكام متميزة ، ورغبة في الحفاظ على هذه الأوقاف ودفع التعدي عنها ومساعدة لجهة الوقف على تحقيق الأهداف المقصودة من نظام الوقف الإسلامي واستنباط الصيغ الإسلامية لتعميره واستثمار أصوله ، وتحقيق عائد مجز للصرف على جهاته فقد درست اللجنة بعناية فائقة

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٧٨٥٧/٢

التجربة التي قامت بها وزارة الأوقاف الأردنية والتي ظهرت في قانون سندات المقارضة المؤقت رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ وهي بصدد استحداث أدوات استثمارية قائمة على قواعد الشريعة الإسلامية واستعرضت ما بنيت عليه تلك التجربة من اجتهادات واطلعت على ما يجري عليها من تعديلات وما أبدي عليها من ملاحظات في الأبحاث المقدمة إلى الندوة.لذا عرض في الندوة بصدد ما يستفاد منه في إطار تعمير الوقف واستثماره الصيغ الآتية بالإضافة إلى الصيغة المقولة لصكوك المقارضة وفق ما سبق بيانه :أولا : أن تقوم شركة بين جهة الوقف وغيرها من أرباب المال وتكون حصة جهة الوقف بها هي قيمة أعيان الوقف ، وحصة أصحاب المال فيها الأموال اللازمة لتعميره على أن توزع الأرباح بنسبة الحصص بعد استقطاع حصة لجهة الوقف نظير الإدارة ، على أن يتضمن عقد الشركة وعدا ملزما من جانب فيه الشركاء ببيع حصصهم لجهة الوقف بالشروط المشروعة التي يتضمنها ويبني القول بالالتزام بالوعد على أساس أن الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة ، وإعمالا لمقاصد الشارع من تأييد الوقف ، وضرورة استثمار وصرف عائده على الوجوه الموقوف عليها وهذه الصيغ تطبيق للمشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك_____________." (١)

"وعندي نص من بدائع الصنائع يقول الكاساني رحمه الله تعالى : (إذا اشترى المضارب بمال المضاربة متاعا وفيه فضل أو لا فضل فيه ، فأراد رب المال بيع ذلك فأبى المضارب وأراد إمساكه حتى يجد ربحا فإن المضارب يجبر على بيعه إلا أن يشاء أن يدفعه إلى رب المال لأن منع المالك عند تنفيذ إرادته في ملكه لحق يحتمل الثبوت ولعدم هو ربح لا سبيل إليه ولكن يقال له – هذا هو المهم – ولكن يقال له إن أردت الإمساك فرد عليه ماله وإن كان فيه ربح يقال به ادفع إليه رأس المال وحصته من الربح ويسلم المتاع إليه. فهذا هو الذي جعلني أقول إن الربح الحاصل نتيجة هذا البيع والشراء ينبغي أن يوزع على كليهما. والله سبحانه أعلم.الدكتور حسن عبد الله الأمين :شكرا ، السيد الرئيس ، أضم صوتي بقوة إلى ما ذكره الأخ الشيخ تقي وأشير في هذا الشأن إلى الفقرة سبعة من هذه التوصيات. تقول هذه الفقرة :(يستحق الربح بالظهور ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة ، وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع عليه ولا يوزع على **طرفي العقد** قبل (التنضيض) أهو ما يوزع على **طرفي العقد** قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب. معنى ذلك أن كل عائد من المشروع المشترك بهذه الحصص – أسهم المضاربة كل حصة تكون قيمتها الأساسية هي الأصل وأي قيمة زائدة أو أي جزء زائد على قيمة البيع السوقية تعتبر الزيادة ربحا ولا يملك في النهاية إلا بالتصفية وما يدفع يعتبر

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٧٨٧١/٢

شيئا مقدما خاضعا للمحاسبة في النهاية عند التنضيض. فمعنى ذلك أن العمل مستمر وأن أي زيادة في القيمة الاسمية على القيمة الأصلية هي ربح ويشرك فيه المضارب كما يستحقه رب المال. هذا أمر واضح بينما نقرأ هذه الفقرة. لذلك أعتبر أن القيمة الاسمية الجديدة ما زاد عن القيمة الأولى هو ربح ويشترك بين رب المال وبين المضارب سواء إن كان المشتري لهذه الحصة هو المضارب هذا أو شخص آخر فهي ربح مشترك بينهما ولا بد أن يؤخذ فيه حصته بالنسبة المحددة. وشكرا.الشيخ عبد الحليم محمد الجندي :العبارة تعطي معاني ليست مقصود التي كتبها. نحن نقول يتم تداول صكوك المقارضة في أسواق الأوراق المالية إن وجدت ، وذلك وفقا لظروف العرض والطلب ويخضع لإيراد العاقدين.____________." (١)

"الدكتور سامي حسن حمود :٧- يستحق الربح بالظهور ، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة ، وبالنسبة المشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته ، وما يوزع على **طرفي العقد** قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.الشيخ عبد الله إبراهيم :شكرا سيادة الرئيس ، أرجع إلى المادة الخامسة في الفقرة جـ : أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلنا وتحت تصرف حملة الصكوك. هنا أريد أن أستفسر فقط هل يحتاج إلى اعتماد من قبل الجمعية العامة مثل ما حد للشركات الإسلامية ؟ هل يحتاج إلى اعتماد هذه الحسابات بواسطة الجمعية العمومية ؟الدكتور سامي حسن حمود :الواقع إذا كان المشروع أخذ شكل الشركة المساهمة فسيطبق عليه ما يطبق على الشركات المساهمة من اعتماد الجمعية العمومية. أما إذا كان المشروع متخذا شكل الإدارة المفردة فإن هذه الإدارة تكون ملزمة بتعيين مدقق الحسابات قانوني يراجع هذه الحسابات وهناك ميزانية سنوية يجب أن تكون معلنة ومنشورة فيدفع في كل حال الشكل الذي اختير فيه أن يكون المشروع مدارا به.الرئيس :أمامكم الفقرة السادسة ، أظن صدر المادة لا غبار عليه يبقى ويترتب على ذلك هذه الفقرات الثلاث ، هل لديكم فيها شيء ؟الشيخ إبراهيم فاضل الدبو :بسم الله الرحمن الرحيم ، سيادة الرئيس فقط إني أسأل عن العبارة الواردة في فقرة (ب) أسأل الأستاذ سامي عن قوله : (وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة) أريد أن أسأل عن هذه المسألة : ما المقصود من الإيراد أو الغلة ؟ وشكرا.____________." (٢)

"الرئيس :إذا رأيتم أن نتجاوز الفقرة إلى الفقرة (ج) لا في الواقع يظهر أن الفقرة (أ) و (ب) ليس فيهما محاذير شرعية ، فطالما أنه ليس فيهما محاذير شرعية ولا سيما الفقرة (ب) فيها عبارة جديدة

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٧٩٣٦/٢

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٧٩٧٤/٢

وهو أنه قال : في الربح وهو الزائد عن رأس المال . هذا هو المتعارف عليه شرعا.الدكتور سامي حسن حمود :- يستحق الربح بالظهور ، فيملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته ، وما يوزع على **طرفي العقد** قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.الشيخ محمد المختار السلامي :اعتماد رأي الحنفية ونقله بتمامه وكماله من النصوص الأصلية.الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير :كويس هذا مقبول.الدكتور سامي حسن حمود :٨- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة ، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري ، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال.__________." (١)

"الشيخ عبد السلام داود العبادي :فقط أحب أن أقول للشيخ عمر سليمان الأشقر : إنه بالنسبة لموضوع وزارات الأوقاف ، وزارات الأوقاف منفصلة في ذمتها المالية والإدارية عن الحكومة بنصوص قوانينها في جميع بلاد المسلمين وأنه لا يجوز من الناحية الشرعية إدخالها في موازنة الدولة في ذمتها. ولذلك ضمان الحكومة لتنمية أموال الأوقاف وللمشاريع المقامة عليها هي ضمان طرف ثالث. ما دام نحن ذكرنا أن هذا الوعد وعد طرف ثالث فنحن خرجنا من المحظور الشرعي. لكن لزيادة الإيضاح كما اقترح البازيع ممكن أن نؤكد هذا المعنى وأن نقول طرف ثالث منفصل في ذمته وأمواله عن **طرفي العقد** ؛ لأنه لا بد أن يكون طرفا بعيدا عن عملية التعاقد حتى نضمن ألا تكون عملية اختلاط وتداخل في الضمان من الطرف الثالث على عامل المضاربة . وهذا في القانون الأردني ينص عليه بكل وضوح؛ يعني اشترط أن لا يقوم بهذه المشاريع إلا جهات لها استقلال مالي وإداري عن الدولة ، لأنه نص في القانون على أن الدولة لا تتبرع بكفالة أصل قيمة السند – أصل المال – وما دام الأمر في هذا الإطار ممكن أن ينص على هذا التحوط لمزيد من التنبيه والتركيز عليه. وشكرا.الرئيس :تسمعون صياغة من الشيخ عبد الستار.__________." (٢)

"الشيخ عبد الستار أبو غدة :بسم الله الرحمن الرحيم ، تصبح المادة تسعة : ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث – يزاد هنا – منفصل في

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٧٩٨٢

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٨٠٠٠

ذمته وأمواله عن طرفي العقد بالتبرع ، يزاد – بدون مقابل – وإن كان كلمة التبرع مفيدة ، لكن حتى لا يأخذ أي مقابل بمبلغ مخصص إلى آخره.الرئيس :ولو زيادة في التأكيد حتى تنفي شركات التأمين مثل ما تفضل الشيخ.الشيخ عبد الستار أبو غدة :نقرأها مرة ثانية : على وعد طرف ثالث منفصل في ذمته وأمواله عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص إلى آخره.الرئيس :يظهر إن شاء الله تعالى أن في هذا أتت إليه الضمانات التي قد تحمي. إذن موافقون على هذه. إذن عشرة.الدكتور سامي حسن حمود :نظرا لما لعقارات الأوقاف من طبيعة خاصة وأحكام متميزة ورغبة في الحفاظ على هذه الأوقاف.الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير :هل وافقنا على هذا يا سيدي الرئيس؟ قبل قليل كان المؤيدون عشرة أو عددا قليلا حصلت الموافقة على كل هذه الفقرة.الرئيس :سمعتم التعديل ، سمعتم وكتبتموه.الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير :سمعته ولا أوافق عليه وأنا طلبت الكلمة من بدري.______________." (١)

"٥- لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقا أو مضافا للمستقبل. وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعدا بالبيع. وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء ويرضي الطرفين.٦- لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصا يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد باطلا.ويترتب على ذلك :أ – عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها.ب – أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي ، وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة. ويعرف مقدار الربح ، إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد ، وما زاد عن رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة ، وفقا لشروط العقد .ج- أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلنا وتحت تصرف حملة الصكوك.٧- يستحق الربح بالظهور ، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته. وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.٨- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة ، إما من حصة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري ، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر رأس المال.٩- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٨٠٠١

منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين ، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.____________." (١)

"٥- لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقا أو مضافا للمستقبل. وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعدا بالبيع. وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء ويرضي الطرفين.٦- لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصا يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد باطلا.ويترتب على ذلك :أ – عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها.ب – أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي ، وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة. ويعرف مقدار الربح ، إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد ، وما زاد عن رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة ، وفقا لشروط العقد .ج- أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلنا وتحت تصرف حملة الصكوك.٧- يستحق الربح بالظهور ، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته. وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.٨- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة ، إما من حصة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري ، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر رأس المال.٩- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث

منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين ، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/ ٨٠١٠

ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.______________." (١)

"شروط رأس المال: بعد هذا العرض لرأي الفقهاء فيما يعتبر من الثمن وما لا يعتبر منه، نقف الآن على ما اشترطوه من شروط في رأس المال من أجل تصحيح العقد، والشروط هي: ١- أن يكون معلوما لدى طرفي العقد، وذلك لأن المرابحة كما ذكرنا عبارة عن بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح، والعلم بالثمن الأول شرط لصحة البيوع كلها لما علم من أن الجهالة به تؤول إلى المنازعة، والمنازعة تفسد العقد. فإن لم يكن معلوما للمشتري، فالبيع فاسد إلى حين معرفته له في المجلس، فيخير بين إمضاء العقد أو إبطاله. ووجه فساده في الحال، هو جهالة الثمن، لأن الثمن في الحال مجهول. وأما إعطاء المشتري حق الخيار ، فلوجود الخلل في الرضا، لأن الإنسان قد يرضى بشراء شيء يسير الثمن، إلا أنه لا يرضى بشرائه بالكثير، فلا يتكامل الرضا إلا بعد معرفة مقدار الثمن، فإذا لم تتحقق المعرفة عنده، اختل رضاه، واختلال الرضا يوجب الخيار. (١)ولو أن المتعاقدين تركا المجلس من غير علم برأس المال ، فالعقد باطل لتقرر الفساد. ٢- أن يكون رأس المال من ذوات الأمثال، أن مما له مثل وذلك كالمكيلات الموزونات والعدديات المتقاربة، فإن كان من هذا القبيل، فبيعه مرابحة جائز على الثمن الأول، سواء جعل الربح من جنس رأس المال أو من خلاف جنسه، بعد أن صار الثمن الأول معلوما والربح معلوما. ولو كان الثمن الأول للمبيع عرضا من العروض القيمية كالثياب والدواب والبط وما أشبه ذلك، وأراد مالكه بيعه مرابحة بعرض مماثل، فلا يخلو الأمر من أن يوجد العرض المماثل في يد المشتري الثاني أم لا، فإن لم يكن العرض في حوزة صاحبه، فلا تصح.______________(١) انظر بدائع الصنائع ٧/١٩٣، ابن قدامة في المغني ٤/١٣٦ مفتاح الكرامة ٤/٤٨٦." (٢)

"ويستفاد من الاستدلال على مشروعية المرابحة بالأدلة العامة، بأن الموضوع يدخل بصورة كبيرة في دائرة الاجتهاد الذي يجب أن يراعي إلى جانب الالتزام بالقواعد الشرعية العامة، ظروف الحال المتغيرة، وبذلك فإن التطبيق المعاصر لبيوع المرابحة يجب أن يراعي الظروف الحالية والتي من أهمها أن العملية تتم بين مؤسسات كبيرة وليس في نطاق المعاملات الفردية التي كانت موجودة في زمن الفقهاء القدامى، هذا إلى جانب التطور الكبير الذي لحق بالأنشطة الاقتصادية، وهذا ما يلزم على المجتهدين المعاصرين مراعاته

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٨٣٦٢

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٩٢٣٨

دون التقيد الحرفي بكل ما قاله الأولون رغم أهميته.ج – شروط المرابحة: توجد عدة شروط للمرابحة ذكرها الفقهاء القدامى من أهمها:١- أن يكون الثمن الأول معلوما **لطرفي العقد**، وكذلك ما يحمل عليه من تكاليف أخرى.٢- أن يكون الربح محددا مقدارا أو نسبة من الثمن الأول.٣- أن يكون الثمن الأول من ذوات ال أمثال.٤- أن يكون العقد الأول صحيحا.إلى غير ذلك من الشروط المذكورة تفصيلا في كتب الفقه. (١)د- صور المرابحة: يمكن أن تتم المرابحة بإحدى صورتين عرفهما الفقه قديما وهما:١- الصورة الأولى: ويمكن أن يطلق عليها الصورة العامة أو الأصلية وهي أن يشتري شخص ما سلعة بثمن معين ثم يبيعها لآخر بالثمن الأول وزيادة ربح، فهو هنا يشتري لنفسه دون طلب مسبق ثم يعرضها للمبيع مرابحة.٢- الصورة الثانية: وهي ما يطلق عليها حديثا اصطلاح " بيع المرابحة للآمر بالشراء " وكيفيتها: أن يتقدم شخص إلى آخر ويقول له : اشتر سلعة معينة موجودة –أو يحدد أوصافها- وسوف أشتريها منك بالثمن الذي تشتريها به وأزيدك مبلغا معينا أو نسبة من الثمن الأول كربح، وهذه الصورة وإن كانت تسميتها بالبيع مرابحة للآمر بالشراء من إطلاق الفقهاء المعاصرين إلا أن كيفيتها وردت لدى الفقهاء القدامى كما جاء في كتاب الأم للشافعي ما نصه: "وإذا أرى الرجل الرجل السلعة فقال اشتر هذه وأربحك فيها كذا فاشتراها الرجل فالشراء جائز ..." ثم يقول: "وهكذا إن قال : اشتر لي متاعا – ووصفه – أو متاعا أي متاع شئت وأنا أربحك فيه فكل هذا سواء يجوز البيع .." (٢)__________(١) يراجع في ذلك: ابن قدامة المغني مرجع سابق ج ٤ ص ١٩٨ وما بعدها، ابن رشد – بداية المجتهد ونهاية المقصد – دار الكتب العربية – ج ٢ ص ٢٧٣ وما بعدها، الشربيني الخطيب – مغني المحتاج – مطبعة مصطفى الحلبي ج ٢ ص ٧٦ وما بعدها.(٢) الإمام الشافعي – الأم- الدار المصرية للتأليف والترجمة ج ٣ ص ٣٣.." (١)

"ثالثا – عقد الوعد : إن الخطوة التالية لدراسة العملية وقبول البنك القيام بها هي إبرام عقد الوعد مع العميل، والذي يتفق بموجبه الطرفان – البنك والعميل على تنفيذ العملية، وسوف نتناول في هذه الخطوة ما يلي:أ – هل يتم إبرام عقد الوعد أو يكتفى بطلب الشراء؟ لقد أجابت غالبية البنوك على هذا التساؤل بنعم وأرفقت بإجاباتها نموذجا لهذا العقد ، وأجاب عدد قليل منها بأنه يكتفى بطلب الشراء، والحجة لدى الفريق الأخير أن إبرام عقد الوعد فيه معنى الإلزام بإتمام الصفقة ، وهم لا يأخذون بالرأي الذي يقول بالإلزام بالنسبة للعميل –كما سيأتي بعد- وبالتالي فليس هناك حاجة في نظرهم لإبرام عقد الوعد، وبمناقشة ذلك يمكن القول أن إبرام عقد الوعد ضروري من الناحية العملية حتى مع القول بعدم إلزام الوعد ؛ لأن العميل

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٩٤٣١/٢

وقد أبدى رغبته في الشراء بموجب طلب شراء فإن الأمر يقتضي الرد على طلبه كتابة ؛ لأنه لا يمكن الاعتماد على ذاكرة العاملين ، أو العميل وبدلا من أن يرسل البنك له خطابا بذلك فإن الأفضل أن يبرم معه اتفاقا مكتوبا يحفظه كل طرف في ملف العملية لديه حتى يبدأ في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الصفقة، ويمكن النص إذا رأيا الأخذ بعدم الإلزام على ذلك بالعقد.ب – البيانات التي تذكر بعقد الوعد: بالاطلاع على نموذج العقود التي وصلتنا مع استمارة الاستقصاء وجدنا أنها تشتمل على البيانات التالية:١ – بيانات مشتركة لدى جميع البنوك، وهي:- المقدمة التي تشتمل على البيانات الخاصة **بطرفي العقد**، وموضوع العقد وهو البيع مرابحة .- الإحالة إلى طلب الشراء فيما يتعلق بتحديد نوع البضائع ومواصفاتها وغير ذلك من البيانات التي وردت به.- نسبة الربح المتفق عليها.- كيفية سداد ثمن البيع.____________." (١)

"٢ – بيانات تختلف من بنك إلى آخر، وهي:- إقرار الطرف الثاني (العميل) بتنفيذ وعده بالشراء عند إخطار البنك له بأن البضاعة جاهزة، فلقد ورد هذا الإقرار في أغلب النماذج.- ورد في نماذج بعض البنوك بأنه إذا امتنع أحد **طرفي العقد** (العميل أو البنك) من تنفيذ وعده يتحمل الأضرار التي تلحق بالطرف الآخر، بينما ورد ذلك بالنسبة للعميل فقط لدى بعض البنوك الأخرى.- إقرار الطرف الثاني بأهليته للتعاقد والتزامه بأحكام الشريعة والنظام الأساسي للبنك.- النص على قيام العميل بدفع مبلغ مقدم عند توقيع عقد البيع كتأمين لضمان جديته.- النص على أن الشاحن يعتبر وكيلا عن البنك، وفي نماذج أخرى وكيلا عن الطرفين.- النص على أن ما ورد ذكره يخضع للقوانين والأعراف النافذة في الدولة، وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وفي بنوك أخرى أحالت النزاع الذي ينشأ إلى هيئة تحكيم يختارها الطرفان.- نصت بعض البنوك على أحقيتها في شراء البضاعة من مصدر آخر خلاف المورد الذي حدده العميل في طلب الشراء، بينما نصت بعض البنوك على أنه إذا امتنع المورد الذي عينه العميل عن تنفيذ الصفقة أو أخرها لا يكون البنك مخلا بوعده وليس مسئولا عن الضرر الذي يعود على العميل، وعليه – أي العميل- أن يدفع كافة المصاريف التي تكبدها البنك نتيجة عدم تنفيذ الصفقة.____________." (٢)

"ب – البيانات الواردة بعقد البيع مرابحة : بالاطلاع على نماذج عقد البيع مرابحة في البنوك الإسلامية نجد أنها اشتملت على بيانات عديدة سوف نسردها في إيجاز مع إفراد فقرات مستقلة لبعضها

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٩٤٤٠

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٩٤٤١

، مثل الثمن والضمانات حيث نتناولها بالتفصيل لأهميتها، وتشتمل نماذج هذه العقود على البيانات التالية:اسم العقد – التاريخ – مكان العقد – بيانات عن **طرفي العقد** – إقرار العميل بأنه اطلع على نظام البنك – موضوع العقد – تحديد مكان التسليم – تحديد الثمن – تحديد الربح– طريقة دفع الثمن – التأكد بأن البضاعة في حيازة المصرف– تحديد جهات الاختصاص في حالة وقوع نزاع بشأن العقد سواء المحاكم أو هيئات التحكيم التي تشكل باختيار **طرفي العقد–** الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالعقد – إقرار العميل بأهليته– مسئولية العميل عن تأخير دفع أقساط الثمن – عدم الحق في مطالبة العميل البنك بالتعويض إذا امتنع المورد عن التوريد – مسئولية العميل عن الأضرار التي تقع على البنك من جراء عدم تسلمه البضاعة – إبراء العميل البنك من ضمان ما يكون من عيوب في البضاعة - مسئولية العميل عن إخطار شركة التأمين والملاحة بأي نقص يظهر في البضاعة - الضمانات التي على العميل تقديمها ضمانا لسداد باقي الثمن – مسئولية العميل عن التصرف في البضاعة وفق القوانين بالدولة– إقرار العميل بأن النقص الذي يظهر في البضاعة لا يفسخ العقد بل يستنزل من قيمتها بمقدار النقص.وتأتي ملاحظاتنا على هذه البيانات في الآتي:١– إن بعض البنوك تسمي العقد (عقد بيع) فقط دون ذكر كلمة (مرابحة) في عنوان العقد.٢ – إنه يوجد نموذجان من العقود ، أحدهما للعمليات المحلية ، والآخر لعمليات الاستيراد وتتفق أغلب بياناتهما ما عدا ما يتعلق بعملية الاستيراد من الخارج مثل مكان التسليم.٣ – إن بعض نماذج العقود تحيل إلى عقد الوعد وطلب الشراء في تحديد بعض الأمور ، مثل مواصفات البضاعة ومكان التسليم، وحيث إن عقد الوعد لا ينعقد به بيع لذا فمن المستحسن – مثل ما فعلت بعض البنوك – ذكر جميع البيانات في عقد البيع .٤– إنه سبق أن أبدينا ملاحظات على بعض البيانات الواردة خاصة التي تتعلق بمسئولية العميل ، والتي ترى أنه يركز عليها دون ذكر لمسئوليات البنك كثيرا.٥ – من الملاحظ أن بعض البيانات السابقة تذكر في نماذج بعض البنوك ، ولا تذكر في الأخرى.٦ – إنه على وجه الإجمال فإن البيانات الواردة في نموذج عقد المرابحة تشتمل على ما يحقق شروط المرابحة من السابق ذكرها، وبالتأكيد فإن بعض البحوث الأخرى المقدمة في الندوة والتي تتناول كلا من الجانب القانوني والجانب الفقهي لعقود المرابحة سوف تتناول ذلك تفصيلا.____________." (١)

"كل هذه الإجراءات من أجل كفالة الحياد التام لهيئة التحكيم ؛ نظرا لأن حكمها نهائي وملزم للطرفين ولا يستطيع أي من الطرفين – طبقا لنص القانون المدني المصري– اللجوء للقضاء إلا في إطار

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٩٤٥٠

ظروف وأسباب محددة- نصت عليها المادة ٥١٢- يصعب تحقيقها .أما أن يحدد الحكم المرجح بالاسم مسبقا من قبل البنك ويرأس هيئة التحكيم، ويحكم في النزاع بمفرده في حالة عدم قيام أي من الطرفين باختيار محكمه خلال خمسة عشر يوما من إخطاره بذلك فهذا يخالف العرف وما جرى عليه العمل بشأن التحكيم.ب- الموقف القانوني لناقل البضاعة:ورد بأحد نماذج الوعد بالشراء بأن الناقل للبضاعة يعتبر بصفته وكيلا عاما للشحن – وكيلا لطرفي العقد باستلام البضاعة من وقت تحميلها على ظهر الباخرة من قبل المصدر في ميناء الشحن وحتى ميناء الوصول . (١)ونحن نرى أن هذا النص قد جعل من ناقل البضاعة بصفته وكيلا عاما للشحن وكيلا للبائع ، فهذا صحيح ، حيث إنه مكلف من قبله بالقيام بعملية الشحن أما أن نجعله أيضا وكيلا عن المشتري باستلام البضاعة فهذا غير صحيح قانونا ؛ نظرا لأن البضاعة حتى تلك اللحظة لم تدخل في ملكية المشتري فعلا أو مستنديا حيث إنها ما زالت في الخارج ،كما أنها لم تدخل بعد في حوزة البنك فعليا . وإنه طبقا لقواعد عقد البيع بالمرابحة للآمر بالشراء فإن عقد البيع بالمرابحة للآمر بالشراء يشترط فيه تملك البنك للسلعة المباعة ، وهذا التملك إما بدخولها لمخازنه أو حصوله على مستندات الشحن الخاصة بها وهذا غير متوفر . وحتى لو توفرت شروط الملكية للبنك فإنه إذا حدثت أي تلفيات أو هلاك للبضاعة فإن البنك يتحمل هذه الخسارة كلية ولا يتحمل الآمر بالشراء شيئا منها ، فكيف يكون الناقل للبضاعة وكيلا له باستلامها وهو – أي الآمر بالشراء – لم يتملكها بعد .ج- الوضع القانوني لرهن البضاعة المباعة ضمانا لحق الطرف الأول:ورد بأحد عقود البيع بالمرابحة التزام الطرف الثاني بأن البضاعة ملكه موضوع هذا العقد مرهونة رهنا تأمينيا لصالح الطرف الأول حتى استيفائه لكامل الثمن المتفق عليه وله عليها حق امتياز البائع. (٢)ونود أن نشير هنا إلى أن الرهن من التأمينات العينية الخاصة التي يقدمها المدين للدائن ضمانا للدين. والرهن ينقسم لنوعين: رهن حيازي ، ورهن رسمي .والرهن الحيازي يقتضي نقل حيازة المال المرهون من يد المدين "الراهن" إلى يد الدائن "المرتهن" ويكون للدائن أن يحبسه حتى يستوفي حقه. وهو يرد على العقار والمنقول.أما الرهن الرسمي فإنه يرتب للدائن حقا عينيا على المال المرهون دون أن تنتقل حيازة هذا المال إلى يد الدائن بل تبقى حيازته في يد المدين الراهن وهو لا يرد إلا على العقار دون المنقول ، فهو الذي يمكن رهنه رهنا رسميا .والرهن بنوعيه يعتبر من الحقوق العينية التبعية، بمعنى أن الرهن الذي يقوم ضمانا للقرض يتبع القرض من حيث وجوده وعدمه ومن حيث صحته وبطلانه ، وينقضي الرهن حتما بانقضاء الدين، كما أن الرهن بنوعيه يخول للدائن مزيتي التقدم والتتبع، فمزية التقدم تخول للدائن اقتضاء حقه من المال المرهون متقدما على سائر الدائنين العاديين

ومتقدما على الدائنين المرتهنين التالين له في مرتبة الرهن، ومزية التتبع تخول للدائن اقتضاء حقه من المال المرهون تحت أي يد يكون قد انتقلت ملكية المال المرهون من المدين إلى الغير (كالمشتري مثلا) يستطيع الدائن المرتهن التنفيذ على المال المرهون تحت يد من انتقلت إليه ملكيته واقتضاء حقه منه. (٣) والرهن بنوعيه مصدره العقد. حيث ينشأ كل منهما بموجب عقد.______________(١) بند ٣ من نموذج الوعد بالشراء لبنك فيصل الإسلامي المصري(٢) المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية – البند السادس من عقد البيع بالمرابحة(٣) الموسوعة العلمية للبنوك الإسلامية – الجزء الخامس ص ٢٤٠." (١)

"وفي المنتقى عن عمرو بن عوف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ((المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما)) . قال الترمزي : هذا حديث صحيح. وفي كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي كتبه إلى أبي موسى الأشعري : المسلمون عن شروطهم إلا شرطا أحل حر أما أو حرم حلالا ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا .ولا شك أن عقود الالتزام عقود تراض مشتملة على شروط اتفقت إرادتا طرفي العقد على الأخذ بها، وبما اشتملت عليه، من شروط وقيود وتعهدات فلا يجوز تغييرها بزيادة أو نقص من إرادة منفردة إلا بما يضر الطرف الآخر.بهذا يتضح أن الالتزام بالحق يعني ثباته نوعا وقدرا وصفة وأمدا وأن محاولة التدخل في تغيير الالتزام بدون إرادة طرفيه يعني ترتيب مظالم على الذمم المختصة بهذا الالتزام. فالمنتفع بهذا التغيير ظالم والمتضرر به مظلوم ومحتوى الالتزام متغير إلى ما يمكن أن يعتبر من ضروب الربا أو من أكل المال بالباطل أو من القروض التي تجر نفعا.توضيح ذلك أن الحق موضوع الالتزام إذا طرأ عليه من التقلبات الاقتصادية ما يعتبر جنسه مهيأ للزيادة أو النقص في وقت سداده مما يوجب الضرر لأحد طرفيه بذلك فإن هذا الضرر قد يكون أحد طرفي الالتزام سببا في حصوله على الطرف الآخر كمماطلته في الوفاء بهذا الالتزام حتى تغيرت الأسعار وترتب عليها الضرر، وقد لا يكون لأحد طرفيه سبب في ذلك إلا أن هناك جائحة قضائية من الله، أو يكون الالتزام من طرف واحد لآخر كمن يغصب حقا لشخص طبيعي أو اعتباري فيتغير سعر مثل ذلك الحق بما يعتبر نقصا على المغصوب في وقت تسليم ذلك الحق المغتصب.______________." (٢)

"وبهذا يتضح لنا أن الأخذ بمبدأ ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار مصادم للمقتضيات الشرعية في الشريعة الإسلامية وللتوجيهات الإسلامية للاقتصاد الإسلامي الحر وللطمأنينة

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٩٥٠٨/٢

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٩٨٧٣/٢

الموجبة للثقة في أن الحق الملتزم به هو الحق قدرا ونوعا وصفة وأجلا، فلا يخشى صاحب الحق نقص حقه ولا يخشى الملتزم بعد تغيره عليه بزيادة. كما أن الأخذ بذلك موجب لظلم أحد طرفي العقد وأكل الظلم منهما مالا بدون حق فضلا عما في ذلك من الجهالة وتشجيع البنوك على مضاعفة نشاطاتها الربوية وتثبيط التجارة بما يسوق بضائعه عن ربحه أو خسارته بالرغم من معرفته مقدار قيمة شراء بضاعته ومقدار قيمة بيعها لأنه لا يعرف الزيادة المحتملة على ما التزم به طبقا لربط هذا الالتزام بسعر يوم سداده فقد تأتي هذه الزيادة على ربح محسوس حققته صفقته التجارية. وقبل دخولي في نقاش القائلين بوجاهة ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار أرغب في إبداء ما عندي في وجود حالات استثنائية توجب ربط الالتزام بمستوى الأسعار حتى تكتمل الصورة ويتضح الاتجاه ويتحرر موضوع النقاش. أولى هذه الحالات : ما إذا كان الالتزام بالحق حال الأداء وكان الملتزم مليئا غنيا إلا أنه صار يماطل صاحب الحق حتى تغيرت الأسعار سواء انخفضت القيمة الشرائية للنقد موضوع الالتزام انخفض سعر العين المالية موضوعة الالتزام كديون السلم فمماطلة من عليه الحق لمن له الحق ظلم وعدوان موجبة لحل عرضه وعقوبته كما قال صلى الله عليه وسلم : ((مطل الغني ظلم)) رواه الشيخان في صحيحهما، قال صلى الله عليه وسلم ((لي الواجد يحل عرضه وعقوبته)) . رواه أهل السنن. ومن العقوبة أن يربط الحق بسعر يوم سداده إذا كان فيه نقص على صاحبه فالزيادة على المماطل بأداء الحق عقوبة يستحقها بسبب ليه ومطله، وإعطاء صاحب الحق هذه الزيادة يعتبر من العدل والإنصاف لأن مماطلة خصمه أضرت به بمقدار هذه الزيادة.__________." (١)

"الحالة الثانية : أن لا يكون الملتزم بالحق سببا في خسارة صاحب الحق بنقص حقه وإنما يرجع ذلك إلى أسباب قهرية لا دخل لأي من طرفي العقد بها، فهذه الحال إن كانت الخسارة على أحد أطراف العقد تزيد عن الثلث، فقد تقاس على قاعدة وضع الحوائج، وإن كان القائلون بها يرون قصرها على الثمار على أصولها، مما تم بيعها ولم تقبض فأصابتها جائحة سماوية قضت عليها أو على بعضها، إلا أن المسألة محل نظر في اجتماع القضيتين في حصول خسارة فاحشة ليس لأحد طرفي العقد سبب في حصولها وتنفرد إحداهما عن الأخرى بأن قضيتنا حق تم الالتزام به وجرى تعيين موجبة في غالب ماله. وعلى أي حال فهذه المسألة تحتاج إلى إفرادها ببحث تستقصى فيه مبررات الحكم فيها. الحالة الثالثة : إذا كان الالتزام بدين نقدي من عملة ورقية معينة ثم انخفضت قيمة هذه العملة الورقية انخفاضا فاحشا ولم يحل أجل

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٩٨٧٦/٢

سدادها وتمثل بالليرة اللبنانية ونضرب مثلا لهذه الحال : خالد من الناس التزم لمحمد بمائة ألف ليرة قيمة بضاعة جرى قبضها في مجلس العقد وتم الاتفاق على تأجيل دفعها إلى عام، وكانت قيمة الليرة وقت الالتزام تعادل ريالا سعوديا وبعد حلول أجل الدفع انخفضت قيمة الليرة حيث صارت قيمة مائة ليرة ثلاثة ريالات سعودية، فهل يسلم خالد لمحمد مائة ليرة لبنانية بغض النظر عن انخفاض قيمتها وفي هذا خسارة بالغة على محمد أم يلزم خالد بقيمتها وقت الالتزام لأن الليرة الآن في حكم السكة المنقطعة ؟ يمكننا أن نرجع في حكم هذه المسألة إلى ما ذكره الفقهاء رحمهم الله.____________." (١)

"أحدهما : شرط يقتضيه العقد كاشتراط التقابض وحلول الثمن.الثاني : شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كالتأجيل أو الرهن أو الكفيل به أو صفة في الثمن ككون الأمة بكرا.الثالث : شرط فيه منفعة معلومة وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا منافيا لمقتضاه كاشتراط البائع سكنى الدار شهرا.وتقسيم الفاسدة إلى ثلاثة أنواع :أحدهما : اشتراط أحد طرفي العقد على الطرف الثاني عقدا آخر كبيع أو إجارة أو نحو ذلك.الثاني : اشتراط ما ينافي مقتضى العقد كأن يشترط في البيع ألا خسارة عليه أو ألا يبيع أو يهب ولا يعتق.الثالث : الشرط الذي يتعلق به العقد كقوله : بعتك إن جاء فلان،وبتطبيق الشرط الجزائي عليها وظهور أنه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدد له والاستئناس بما رواه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين : أن رجلا قال لكريه أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه، وقال أيوب عن ابن سيرين : أن رجلا باع طعامه وقال : إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيعة. فلم يجئ فقال شريح للمشتري : أنت أخلفت فقضى عليه. وفضلا عن ذلك فهو في مقابلة الإخلال بالالتزام حيث إن الإخلال به مظنة الضرر وتفويت المنافع، وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود والعقود تحقيقا لقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ (سورة المائدة : الآية ١)لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا فيكون العذر مسقطا لوجوبه حتى يزول.وإذا كان الشرط الجزائي كثيرا عرفا يراد به التهديد المالي ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من ضرر ويرجع تقدير ذلك عند

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٩٨٧٨/٢

الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر عملا بقوله تعالى : ﴿ وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ (سورة النساء : الآية ٥٨).وقوله سبحانه : ﴿ ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ (سورة المائدة : الآية ٨)وبقوله صلى الله عليه وسلم ((لا ضرر ولا ضرار)) . وبالله التوفيق وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم.هيئة كبار العلماءالتوقيع_______________." (١)

"وأما صيغة الاستئجار فالشأن فيه كأي عقد استئجار على التعليم من العلوم الدينية أو الدنيوية ، بأجر معين . وإنما يملك المتعلم الصنعة التي تعلمها تحت سلطان هذا الاستئجار الشرعي .أما نقل الاسم التجاري في هذه الحالة ، فينبغي أن يكون خاضعا للاتفاق الذي يتم بين الطرفين إذ الاستئجار عقد على منفعة لا على عين ، والمنفعة هنا يمكن انفكاكها عن العين ، إذ هي لا تعدو أن تكون تعليما أو تدريبا على عمل . ولكن إذا تم الاتفاق على تنازل صاحب الحق عن الاسم التجاري للطرف الآخر ، ضمن عقد الاستئجار أو ضمن اتفاق مستقل ، فلا أرى ما يمنع من ذلك.الطريقة الثانية : ما يجري عادة بين بعض التجار أو الشركات التجارية ، من شراء الاسم التجارية للسلعة دون أي التزام من البائع بتقديم خبرة أو الكشف عن أسرار الصنعة . وإنما يكون هذا الشراء تنازل البائع عن الاسم الذي كان مسجلا لسلعته والذي كان من حقه هو ، بحيث يتمكن المشتري من جعله شعارا لسلعته المشابهة ، وتكون الفائدة المرجوة للمشتري من ذلك رواج سلعة تحت هذا الاسم ، إذ كان الاسم التجاري الذي اشتراه ذا شهرة وثقة في الوسط التجاري أو لدى عامة الناس. فما حكم هذا العقد ؟من الثابت يقينا أن هذا الشراء لا يتحقق له أي مضمون . ذلك لأن المزايا التي عرفت بها السلعة والتي هي المضمون المراد من الشعار الجاري ، ستظل ثابتة للسلعة الأصلية ذاتها ، وستظل وثيقة الارتباط بها ، مهما انفصل عنها اسمها أو شعارها التجاري ليلتصق بسلعة أخرى مشابهة . إذ إن هذه المزايا إنما هي ثمرة جهود صاحبها ونشاطه الفكري أو الصناعي الممتاز ، فهي متعلقة به من حيث الجهد ، متجلية في صناعته من حيث الصورة والمظهر . وهيهات أن تنفك هذه العلاقة عنه وعنها مهما باع أو تصرف في رمزها التجاري .كل ما يمكن أن يحدثه نقل هذا الرمز التجاري من تاجر إلى آخر ، بعقد كهذا ، هو التغرير والتدليس ! ... أي إن هذا العقد منطو على غرر بالغ فيما يتعلق بالصلة بين المشتري والبائع ، ومنطو على التدليس والخداع فيما يتعلق بالصلة ما بين المشتري وعامة الناس الذين سيتحولون إليه ، بحثا عن الجودة التي آل إليه شعارها .والقاسم المشترك في

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٩٨٩٩/٢

التعريفات المتعددة والمتنوعة للغرر أنه كل عقد لا يوثق بحصول العوض فيه (١) وتعبير آخر : هو ما شك في حصول أحد عوضيه أو المقصود منه غالبا (٢) ، وهو منطبق على موضوع بحثنا هذا بهذه الطريقة الثانية كما ترى .والمعروف أن مرد الغرر إلى الجهالة بأحد طرفي العقد : الثمن أو المثمن . والجهالة تتفاوت في درجات كثيرة حصرها الإمام القرافي في سبع درجات . ومن المتفق عليه أن أفحشها وأخطرها ما يسمى بالغرر في الوجود والغرر في الحصول . وأشدهما الغرر في الوجود . ويمثلون له بالبعير الشارد الذي يشك في وجوده ، ويليه الغرر في الحصول ، ويمثلون له ببيع الطير في الهواء والسمك في الماء ، أي في الماء غير المحصور في الأحواض ونحوها .ولا نعلم خلافا في بطلان العقد المنطوي على أي من هذين الغررين (٣) .ـــــــــــــــ(١) انظر حاشية قليوبي وعميرة على المحلى على شرح المنهاج : ٢ / ٥٨ .(٢) مواهب الجليل : ٤ / ٣٦٢ .(٣) انظر الفرق ، للقرافي : ٣ / ٢٥ ؛ وبدائع الصنائع : ٥ / ١٥٧ و ١٦٣ .." (١)

"بحثفضيلة حجة الإسلام محمد علي التسخيريعضو مجمع الفقه الإسلامي الدوليبسم الله الرحمن الرحيمحكم إجراء العقد بوسائل الاتصال الحديثة :والمقصود بوسائل الاتصال الحديثة : الهاتف والبرقيات واللاسلكي والتلكس والفاكسميلي وغيرها مما يمكن أن يخترع في المستقبل والجامع بينها أنه ليس هنا محل مكاني واحد يجمع بين الموجب والقابل أو بين طرفي العقد .ومن هنا يمكن أن يقع بحث حول حكم إجراء العقود بهذه الوسائل.تحرير محل النزاع :والظاهر أن النقاط التي تتطلب البحث هي أمور :أولا : هل يعتبر في العقد أن يجري بصيغة معينة أو مطلق الصيغة اللفظية أو يكفي فيه ما ينوب عن الصيغة اللفظية من إبراز الإرادة من قبل المتعاقدين.وهنا يمكن أن تنوب عن الصيغة الإشارة ، والكناية اللفظية ، والصيغة المكتوبة والعمل نفسه.ثانيا : هل تعتبر الموالاة الدقيقة بين الإيجاب والقبول فيشكل الأمر في الكتابة والفاكسميلي والبرقيات وغيرها ؟ثالثا : البحث عن مصير خيار المجلس .رابعا : من حيث إمكان الرجوع وعدمه بعد صدور القبول وعدم وصوله.وليس علينا هنا إلا التعرض بشكل موجز لكل هذه النقاط مع الإشارة للرأي المختار ليتضح الموقف في النهاية.* النقطة الأولى : اعتبار الصيغة المباشرة أو كفاية ما ينوب عنها :يطرح الفقهاء عادة هذا البحث في موضوع المعاطاة إذ يقسمون العقود إلى قسمين : عقد بالصيغة وآخر بالمعاطاة ويتركز فيها البحث عن مدى نيابة الفعل عن اللفظ في تحقيق مقتضيات العقد.في حين أن البحث يجب أن يتم على ثلاثة مستويات إذا أريد له أن يكون مستوفى أي أن يتخلل البحثين

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/١٠٤٤٨

بحث حول مدى إمكان الاستعاضة عن اللفظ الصريح بالإشارة والكناية والكتابة.____________." (١)

"أما الفقهاء المسلمون الذين بذلوا جهودهم من أجل التوصل إلى نتائج فقهية في ضوء أحكام القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ومبادئهما ، فلم ينطلقوا من منطلق (الشكلية) في العقود بل من منطلق (الرضائية) فيها ، وقالوا بأن العقد ينعقد بأي وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة إذا أمكن التأكد من أن هذه الوسيلة تدل على الرضا (إلا أن بعض الفقهاء والمذاهب وضعوا أحكاما مقيدة أو سلبية بخصوص بعض الوسائل مثل الإشارة والكتابة والتعاطي وذلك لعدم اطمئنانهم بها في التثبت من دلالتهم على الإرادة ولاهتمامهم الفائق بهذا التثبت) . وكذلك قال جمهورهم بأن التراضي يمكن أن يتحقق ولو أظهر كل من طرفي العقد رضاه وهما متباعدان وأجازوا التعاقد بين الغائبين (١) .والخلاصة أن الأحكام التي توصل إليها الفقهاء المسلمون في مبحث انعقاد العقد قد منحت إطارا واسعا وشاملا للموضوع بحيث لا تمس الحاجة – من ناحية جواز إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة – حتى ولو من باب الاستفادة من قاعدة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) (٢) . وبعبارة أخرى فإن هذا الإطار الواسع لم يترك مجالا لتبديل الاجتهادات السابقة نظرا للحاجات الزمنية.كما يدل على ذلك أن لجنة تعديل (المجلة) (مجلة الأحكام العدلية) التي تكونت في أيلول ١٩٢١ ، لم تتردد في تقرير إضافة المادة التالية إلى هذه المجلة : (يكون الإيجاب والقبول بالتلفون والتلغراف أيضا) (٣) .ويلاحظ أن الفقهاء المسلمين المعاصرين أيضا يتعرضون مباشرة للمسائل التي تنشأ عن التعاقد بين الغائبين دون أن يشعروا بالحاجة إلى الاهتمام بمسائل جواز أو عدم جواز مثل هذا التعاقد.____________(١) إن موقف الحنفية والحنابلة الإيجابي من التعاقد بين الغائبين واضح جدا ، ينظر مثلا : الكاساني ، بدائع الصنائع ، ١٣٨/٥؛ المرغيناني (برهان الدين) ، الهداية شرح بداية المبتدي ، بيروت ، ط. دار إحياء التراث العربي بالأوفست ، ٤٦١/٥ ، البهوتي (منصور بن يونس) ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، بيروت ١٤٠٢هـ /١٩٨٢م ، ١٤٨/٣. ومع أن المؤلفين المالكيين يذكرون أن العقد ينعقد بالكتابة أيضا فإنهم (حسب مشاهدتنا في عدد كبير من كتبهم) لا يتناولون التعاقد بين الغائبين بصفة خاصة ويذكرون جواز الكتابة أثناء تناولهم للتعاقد بين الحاضرين ، ينظر مثلا : الخرشي (عبد الله) ، شرح مختصر سيدي خليل (مع حاشية العدوي عليه) ، بيروت ، ط. دار صادر بالأوفست ، ٥٥/٥؛ الدسوقي (محمد عرفة) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ،

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٢٠١٠/٢

ط. دار الفكر بالأوفست ، ٣/٣ ، ٤ . أما الشافعية فإن هناك خلافا بينهم في هذا الموضوع ، وإن رأي الغزالي والرافعي في اتجاه أن التعاقد بين الغائبين يصح كما أن النووي يقول في هذا الرأي (هو الأصح) ، انظر مثلا : النووي ، المجموع ، ٩/١٦٧ – ١٦٨ ، ١٧٧.(٢) مجلة الأحكام العدلية ، المادة : ٣٩.(٣) جريدة عدلية ، كانون أول ١٣٢٥هـ. السنة : ١ ، العدد : ٢ ، ص٩٤." (١)

"إذن ، فإن الجانب الأساسي لموضوعنا (أي التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة) الذي يهم الفقهاء المعاصرين يتمثل أولا في القيام بتثبيت أوجه الشبه والخلاف بين أشكال التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة وبين الأشكال المذكورة في الكتب الفقهية ، وثانيا في تسليط الأضواء على هذه الأحكام آخذا بعين الاعتبار الظروف المستجدة ، وثالثا في بعض الإضافات والتبديلات إذا اقتضى الأمر ذلك.ويجدر بنا أن نشير هنا إلى مسألة إجراء بعض العقود بواسطة الأجهزة الأتوماتيكية الحديثة في وقتنا الحاضر ، وبعبارة أصح إلى مسألة قيام هذه الأجهزة مقام أحد **طرفي العقد** (أو كليهما) لما لها من صلة وثيقة بموضوعنا مع أنها لا تعد في نطاق إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة مباشرة.من المعلوم أن بعض العقود التي يكون (المعقود عليه) فيها بيع بعض الأشياء أو الأمتعة أو تقديم بعض الخدمات يتم عن طريق أجهزة أوتوماتيكية في يومنا الحاضر. وإذا تناولنا موضوع جواز أو عدم جواز انعقاد العقود بمثل هذه الطريقة في ضوء ما ورد في الكتب الفقهية من مبادئ وقواعد مثل مبدأ الرضا والتيسير ومراعاة العرف فإن النتيجة تكون في اتجاه الجواز. إلا أن الموضوع إذا تم تناوله في إطار أحكام المعاطاة التي هي أبرز المباحث في الكتب الفقهية لتسليط الأضواء على الموضوع ، فإنه يحتمل أن يصير إلى نتيجة سلبية من منظار بعض الفقهاء وبخاصة الفقهاء الشافعية (١) .أما دراسة مسألة التعاقد عن طريق بعض الأجهزة الأوتوماتيكية من ناحية ماهية (الإيجاب) و (القبول) فستأتي تحت العنوانين (٢-١-١) و (٣-١-١) من هذا البحث.____________(١) يقترح د. القره داغي كلمة (البذل) بدل (المعاطاة) أو (الفعل) . ينظر في من يجوز التعاقد بهذه الطريقة ومن لا يجوزه ، وأدلة كل الفريقين ، ومناقشتها : القره داغي ، مبدأ الرضا في العقود/ دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، بيروت ، ١٤٠٦هـ /١٩٨٥م ، ٢/٩١٧-٩٣٢؛ موسى (م.ي.) ، الأموال ونظرية العقد ، ص٣٧٠-٣٧٣.." (٢)

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/١٢١٤٤

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/١٢١٤٥

"٢-٣-٢- تحديد وقت انعقاد العقد :إن تحديد مكان انعقاد العقد في التعاقد بين الحاضرين لا يحظى بأهمية توجب دراسة تحديد مكان ووقت انعقاد العقد كل منها على حدة ولهذا سيقتصر حديثنا هنا على تحديد وقت انعقاد العقد.إلا أنه يجدر بنا الإلمام بمسألة صدور الإيجاب والقبول في وقت واحد إلماما سريعا قبل الانتقال إلى أساس الموضوع وذلك حفاظا على وحدة الفكرة في هذا الموضوع.لقد ورد في كتب الأحناف رأيان مختلفان في انعقاد العقد بالنسبة لحالة صدور الإيجاب والقبول بآن واحد : الرأي الأول يقول – حسب عبارة ابن نجيم – : (ولو صدر الإيجاب والقبول معا صح البيع كما في التتارخانية) . (١) . أما الرأي الثاني – وهو المروي عن القهستاني – فيفهم منه أن العقد لا ينعقد في هذه الحالة (٢) . ويرى شارح المجلة الأحكام العدلية علي حيدر أفندي أن المجلة اختارت الرأي السلبي في هذه المسألة (٣) .ويلاحظ أن الدكتور محمصاني يرى الرأي الإيجابي معقولا يتفق ومبدأ الرضا في العقود إلا أنه يصف هذا الخلاف بأنه نظري في الواقع قائلا : (لأنه يصعب بل يندر جدا أن يحصل الإيجاب والقبول بآن واحد...) (٤) . ولكن يمكن القول بأن هذه المسألة تكتسب أهمية لا يستهان بها في يومنا هذا. لأن هذه الحالة يمكن تصورها في الواقع فيما إذا قام صاحبا مؤسستين تجاريتين أو النائبان الشرعيان لشركتين بتوقيع نسختي العقد بآن واحد مثلا ، مع أن عملية التوقيع تبقى عبارة عن إكمال الشكليات في بعض الحالات نظرا لتمام العقد في المرحلة التي سبقت هذه العملية. أما في المثال التالي يمكن تصور هذه المسألة بوضوح أكثر : إذا قام كاتب العدل بتحضير العقد وعرضه على كل من **طرفي العقد** ويسألهما هل يقبلان هذا العقد أم لا ، فإذا كان رد كليهما بالقبول فإن العقد ينعقد بآن واحد (٥) .وبالرغم من أن بعض العلماء في الفقه الإسلامي يميلون إلى حصر جواز التعاقد بالكتابة في التعاقد بين الغائبين (٦) . فإننا نرجح – إزاء ظروف وقتنا الحاضر – الرأي القائل بتجويز الكتابة في التعاقد بين الحاضرين أيضا والرأي القائل بانعقاد العقد في وقت واحد ، آخذين بعين الاعتبار آراء وتحاليل الفقهاء سواء في هذه المسألة أو مسألة إشارة وكتابة الأخرس وكذلك مسألة التعاطي.______________(١) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ٢٨٨/٥.(٢) ابن عابدين (محمد أمين) ، حاشية منحة الخالق على البحر الرائق لابن نجيم ، بيروت ، ط. دار المعرفة بالأوفست ، ٢٨٨/٥.(٣) علي حيدر أفندي ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، إستانبول ، ١٣١٣هـ. (باللغة العثمانية) ، المادة : (١٦٧) ٤٥٧/١.(٤) محمصاني ، النظرية العامة ، ٣٨/٢.(٥) لبعض التطبيقات في هذا الموضوع في الوقت الحاضر انظر : ENGEL (Peirre)، Traite des Obligations en Droit Suisse، Neuchatel، 1973 P.148 نقلا عن : EREN (Fikret

(، Borclar، Hukuku/Genel Hukumler، Ankara، 1985، p. 286.(٦) انظر للآراء في هذا الموضوع ولأدلتها ومناقشتها : القره داغي ، مبدأ الرضا ، ٢/٩٤١-٩٤٩ وينظر لوجهة نظر الفقهاء الشافعية خاصة : النووي ، المجموع ، ١٦٧/٩.." (١)

"-٣-مسائل التعاقد بين الغائبين يستخدم د. السنهوري (عبد الرزاق أحمد) عبارة التعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين في مقال : contrat par correspondence، ou entre absents نظرية العقد (الجزء الأول من النظرية العامة للالتزامات) ، بيروت ، ط. المجمع العلمي العربي الإسلامي ، (الطبعة الأساسية : مطبعة دار الكتب المصرية ، ١٣٥٣هـ/ ١٩٣٤م) ص ٢٨٨. ومن جهة أخرى يقول د. محمصاني- حينما ينتقد كلمة (المراسلة) الواردة في المادة ١٨٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني- : (الأصح أن يقال بالمكاتبة ، لأن المراسلة هي المخاطبة بواسطة الرسول ، كما جاء في الإصلاح العربي) ، ٦٦/٢ هامش٤.التي لها صلة بموضوع البحث وأحكامها٣-١- الإيجاب :٣-١-١- ماهية الإيجاب :يعد الإيجاب التعاقد بين الغائبين (تعبيرا متلقى) (١) في الفقه الحنفي إجماعا (٢) . ويتم تصوير هذا الأمر في كتب الأحناف كالتالي : لو قال رجل إني بعت متاعي هذا من فلان الغائب بكذا ثم بلغه هذا الخبر- دون إعلان الموجب إرادته للتبليغ- فقبل لا ينعقد العقد ، ولكن إذا أعلن الموجب عن إرادته للتبليغ ثم بلغ الخبر للطرف الآخر فقبل ينعقد سواء قام بالتبليغ من أمر به أو غيره (٣) .أما الشافعية فلا يشترطون إعلان الرضا بالتبليغ ويقولون بأن العقد ينعقد إذا بلغ خبر الإيجاب الطرف الآخر فقبل ، وإن لم يكن الموجب قد أعلن عن إرادته للتبليغ (٤)ويلاحظ أن الدكتور الدريني فاتته أهمية التفرقة بين مفهومي (التعبير الملقي) و (التعبير المتلقي) حين انتقد الرأي الحنفي وتعجب منه ، إذ يقول : (وأرجح قول الشافعية .. ولا أرى وجها لاشتراط الأمر بالتبليغ ، لأن البائع إذا كان قد أعلن عن رضاه بالبيع لشخص معين فما الفرق بين أن يبلغه هذا الإيجاب بأمر الموجب بالتبليغ أو بغير أمره ، وبخاصة أن الحنفية أجازوا أن يقوم بالتبليغ المأمور به أو غيره ؟) (٥) وكذلك يبدو أن الدكتور الإبراهيم لم ينتبه إلى هذه النقطة الدقيقة أثناء التعبير عن ترجيحه للرأي الشافعي الإبراهيم (محمد عقلة) ، (حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة/ الهاتف- البرق- التلكس في ضوء الشريعة والقانون ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية (تصدر عن جامعة الكويت- كلية الشريعة والدراسات الإسلامية) ، السنة : ٣ ، العدد ٥ شوال ، ١٤٠٦هـ/ يوليو ١٩٨٦م. ص١١٥. .وقد سبق أن أشرنا إليه تحت عنوان (٢-١-١) أن الرأي القائل بتوجيه الإيجاب

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٢١٥٦/٢

إلى الجمهور هو الراجح ، ونكتفي هنا بأن هذا الرأي هو الأوفق لحاجات الناس وطبيعة جريان المعاملات في الوقت الحاضر بالنسبة للتعاقد بين الغائبين أيضا .كما سبق أن بينا في التعاقد بين الحاضرين (٢-١-١) أن دور الأجهزة الأتوماتيكية في إجراء بعض العقود يتمثل في إقامة الجهاز مقام أحد **طرفي العقد** (أو كليهما حسب الأوضاع المختلفة) . والذي ينبغي لنا أن نضيفه في هذا المقام هو أن هذه الطريقة يمكن استخدامها في التعاقد بين الغائبين أيضا. وذلك إذا كان تقديم بعض الخدمات بين الغائبين عن طريق الجهاز الذي تستعمله المؤسسة التي تكون أحد **طرفي العقد** وليس عن طريق استخدام موظف ينوب عن هذه المؤسسة نحو بعض الخدمات التي تقدمها مؤسسات البريد والمواصلات.______________(١) انظر لهذا المفهوم (٢-١-١) وهامش١٧.(٢) السنهوري ، مصادر الحق ، ٥٥/٢ ، سوار ، التعبير ، ص ١٤٧.(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ١٣٩/٥؛ ابن الهمام (كمال الدين) ، فتح القدير (شرح الهداية) ، بيروت ، ط. دار إحياء التراث العربي بالأوفست ، ٤٦٢/٥.(٤) النووي ، المجموع ، ١٦٧/٩.(٥) الدريني ، التراضي ، ص ٣٠٢-٣٠٣.." (١)

"وعلى أية حال ، فإن هذه القضية لم يرد فيها نص خاص كما لم ينقل رأي صريح فيها عن أئمة المذاهب ، ، ويصبح عندئذ من المعقول أن نقول بأن الفقهاء لم يواجهوا مسائل التعاقد بين الغائبين على شكلها المعروف في الوقت الحاضر. ومن أبرز الأدلة على ذلك أن يقول د. سوار : (إن المآخذ الجدية ... تدعونا إلى التخلي عن كلتي النظريتين (أي الإعلان والعلم) بوضعهما الحالي المعيب) (١) بعد أن قام بانتقاد رأي د. السنهوري ، وإن قال : (إن الأخذ بنظرية الإعلان في التعاقد بين غائبين هو موضع إجماع الفقهاء) (٢) .* رأي الدكتور سوار في النظرية التي يجب الأخذ بها والاعتماد عليها.يهدف د. سوار إلى إيجاد حل وسط بين نظريتي الإعلان والعلم ويقترح نظرية جديدة وهي (نظرية خيار الطريق) . وحسب هذه النظرية ينعقد العقد بمجرد الإعلان عن القبول إلا أن كلا من **طرفي العقد** يملك حق الخيار ريثما يطلع الموجب على القبول (ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به) ، أي أن العقد لا يكتسب الصفة الإلزامية بالنسبة إلى كل من الجانبين إلى وقت اطلا ع الموجب على القبول.ويبدو لنا أن د. سوار بالرغم من نجاحه في دراسة مسائل دقيقة جدا في موضوع التعبير عن الإرادة – قد فاتته نقطة الانطلاق لهذه النظريات كما أنه لم ينتبه إلى أحكام الرجوع عن الإيجاب كما ينبغي؛ لأن هذه النظريات تنصب – في الدرجة الأولى – على تحديد وقت اكتساب القبول الصفة الإلزامية ووقت بناء الحكم عليه.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٢١٥٩/٢

أما حق (أو خيار) الرجوع عن الإيجاب يمكن تعيينه بصورة ما في كل من هذه النظريات عدا نظرية الإعلان عن القبول. وحتى أن الأنظمة القانونية التي تقول بعدم إلزامية الإيجاب في الفقه الغربي (مثل فقه الباندكت (Panadect) والفقه الفرنسي الحالي) تميل إلى تحديد خيار الرجوع بوقت القبول أو بوقت تصدير القبول (إذا لم يكن ہناك اتفاق خاص بخصوص توسيع حق الرجوع عن الإيجاب) (٣) .____________(١) سوار ، التعبير ، ص١٣٢ وما بعدها.(٢) سوار ، التعبير ، ص١٢٣(٣) انظر : GHESTIN، Traite de Droit Civil، 199-200 : special etc ..P.160 2 .vol، FEYZIOGLU ،not.129; Borclar، Hukuku، vol. 1، P.82.." (١)

"٤–تصنيف وسائل الاتصال الحديثةوتعيين الأحكام التي تترتب على كل نوع منهاقبل كل شيء ينبغي لنا أن نلفت النظر إلى أن المقصود هنا من الوسائل هو ما يوفر إمكانية المخابرة أو المراسلة بين طرفي العقد المتباعدين من وسائل الاتصال الحديثة فقط ، ولا يدخل في نطاق هذا الموضوع دراسة الأجهزة الأتوماتيكية التي تقوم مقام أحد طرفي العقد (أو كليهما) ، ويمكن للقارئ أن يرجع على عنوان (٣–١–١) لتصور الحالات التي يمكن فيها استخدام وسائل الاتصال من جهة ، واستخدام الأجهزة القائمة مقام أحد طرفي العقد في نفس الوقت من جهة أخرى.إذن ، فالسؤال الذي تدور دراستنا حوله هنا هو : إذا تم العقد والطرفان متباعدان تباعدا ماديا إذا تم التعاقد بتوجيه الإيجاب إلى المخاطب بطريقة الكتابة (وليس شفهيا) وطرفا العقد في مجلس (مكان) واحد ، هل يطبق في هذا العقد أحكام التعاقد بين الغائبين أم أحكام الـتعاقد بين الحاضرين ؟ فهذه المسألة جرت مناقشة حولها في الفقه الغربي وظهرت آراء مختلفة فيها ، انظر : STANDINGER/COING، Kommentar zum burgerliches Gesetzbuch، Berlin، 1957، band 1، :47 ، FLUME (Werner) ; no. 3، dse Allgemeiner Teil Burgerlichen Gesetzbuch، Berlin، 1960، 1/1، 35 ;، 1، 2 ،نقلا عن : TEKINAY، Borclar Hukuku، P.95، not.15.انظر لبعض الفرضيات في هذا الموضوع ، السنهوري ، نظرية العقد ، ص٢٨٩ وهامش ٣ ، ٤ . وقد ناقش الفقهاء المسلمون في جواز هذه الصورة للتعاقد أو عدم جوازها. والذي يفهم من خلال هذه المناقشات هو وجوب تطبيق أحكام التعاقد بين الحاضرين في هذه الصورة عند من يجوزها. انظر : القره داغي ، مبدأ الرضا ، ٩٤١/٢ –٩٤٩. فهل يطبق على هذا النوع من التعاقد أحكام التعاقد بين الغائبين بصورة مطلقة أم يجب تطبيق أحكام تختلف باختلاف وسائل الاتصال ؟وحسب

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٢١٧٨/٢

ما يبدو لنا فإنه ينبغي تناول الوسائل التي يطلق عليها اسم (وسائل الاتصال الحديثة) من ناحية الأحكام التي تترتب على التعاقد بهذه الوسائل في فئتين :(أ) الهاتف وما شابه من وسائل.(ب) الكتابة (الرسالة) وما شابه من وسائل.وقبل الانتقال إلى دراسة كل من هاتين الفئتين نود أن نشير إلى أمرين عامين :الأمر الأول : لا ينصب اهتمام بحثنا هذا – مبدئيا – على مسائل الإثبات التي قد تحدث في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة كما نبهنا إلى ذلك في (التمهيد وتحديد الموضوع) وعلى هذا فإننا لن نتطرق إلى تناول الصعوبات التي قد تعترض أثناء إثبات التعاقد بالتلفون (١) وسنحصر دراستنا هنا على (انعقاد العقد) فقط.____________(١) انظر لبعض الطرق المستخدمة في إثبات التعاقد بالتلفون : السنهوري ، نظرية العقد ، ص٢٩١ هامش١. علما بأن هناك تطورات في مجال التكنولوجيا في الآونة الأخيرة يسهل بفضلها حل هذه القضية إلى حد كبير.." (١)

"الأمر الثاني : إن الغلط أو التزوير الواقع أثناء تبليغ إرادة أحد الطرفين إلى الطرف الآخر ، يشكل موضوعا خاصا بين مواضيع فقه الالتزامات. ولبيان أحكام هذه الحالات يجب أولا دراسة كل من نظريتي (الإدراة الظاهرة) و (الإرادة الباطنة) (آراء المذهب المادي والمذهب الشخصي) وتناول موقف الفقه الإسلامي من هاتين النظريتين بشكل مفصل وهذا –كما يظهر – يبقى خارج نطاق موضوع بحثنا.(أ) الهاتف وما شابهه من وسائل الاتصال :في حالة التعاقد الذي يتم بواسطة هذا النوع من الوسائل يتحقق ارتباط الإيجاب بالقبول كما في التعاقد بين الحاضرين ، وإن كانت هنالك مسافة بعيدة بين **طرفي العقد** لأن الإعلان عن القبول والعلم به يتحققان بآن واحد – عدا بعض الحالات الاستثنائية – ولهذا يجب تطبيق أحكام التعاقد بين الحاضرين من حيث الزمان إذا تم العقد بهذه الطريقة. ويلاحظ أن التشريعات الحديثة وآراء البـاحثين في الفقه الإسلامي تتفق على قبول هذه المنطقة (١) .والسمة المميزة في التعاقد بالتليفون هي أن هذه الطريقة تمكن الطرفين من تبادل التعبير عن إرادتهما وإجراء مفاوضات العقد بينهما بشكل شخصي كما كان في التعاقد بين الحاضرين بعينه. ففي مثل هذه المكالمة لا يصعب – من الناحية الفقهية – القيام بتثبيت ما به يتعين تحقق أو عدم تحقق ارتباط الإيجاب بالقبول ، أو الإعراض عن العقد أو انفضاض مجلس العقد ، فلهذا يجب أن تتصف الوسائل التي يمكن إلحاقها بهذه الفئة بالصفة المشار إليها آنفا في المكالمة التلفونية. إذن يمكن القول بأن التلفون التلفزيوني (الآلة التي تجعل الصورة مصاحبة للصوت) وما شابهه يلحق بهذه الفئة من باب أولى . أما الوسائل مثل التلكس والفاكس وما شابهها فإننا

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٢١٨٦/٢

لا نرى إلحاقها بهذه الفئة بصورة مطلقة.و ليتضح لنا هذا الأمر يجب أن يقوم بتحليل بعض الحالات في التعاقد بالتلفون ثم نقارن بينه وبين التعاقد بهذه الوسائل :لنفرض أن المكالمة انقطعت أثناء التعاقد بالتلفون وذلك بعد أن صدر الإيجاب من الموجب وسمعه المخاطب ، فهل يعتبر الإيجاب في هذه الحالة ساقطا وبالتالي لا ينعقد العقد حتى ولو رفع الطرف الآخر الهاتف فورا وعبر عن قبوله مخاطبا الموجب ، أو يعتبر أن الإيجاب لا زال قائما ويمكن بالتالي انعقاد العقد إذا عبر المخاطب عن قبوله بهذا الشكل ؟________(١) انظر مثلا : الإبراهيم ، (حكم إجراء العقود) ص١٣١ .." (١)

"أما الأهمية الكبرى لإلحاق هذه الوسائل إلى هذه الفئة أو إلى تلك وبالتالي اعتبار التعاقد بها تعاقدا بين حاضرين أم بين غائبين تتبلور في حالة عدم صدور القبول عقب الإيجاب ، وإذا تم إلحاق هذه الوسائل بهذه الفئة – التي نحن بصددها – ، يجب اعتبار الإيجاب ساقطا إذا حصل انقطاع في المراسلة لسبب ما قبل صدور القبول أو وصوله إلى الموجب حسب ما بينا الحالة نفسها في المكالمة الهاتفية. ولكننا إذا أمعنا النظر في القضية نلاحظ أن التعاقد بوسيلة التلكس أو الفاكس أو ما شابه ذلك لا يستند في حقيقة الأمر على أساس تبادل وجهات النظر وجها لوجه بل يهدف إلى إتاحة فرصة التأمل والتروي للطرف بالمقابل أكثر مما يوجد في التعاقد بالتلفون ، إلى جانب أنه يهدف – بطبيعة الحال – إلى تثبيت العقد بمستند كتابي ، مع أن استخدام هذه الوسائل واستخدام التلفون يتفقان في غاية واحدة وهي تأمين السرعة في المعاملات. إذن ، فإن الإيجاب المرسل بهذه الوسائل يجب اعتباره قائما إذا انقطعت المراسلة حتى لو أرسل المخاطب قبوله بوسيلة أسرع منها دون انقطاع في المراسلة ، ما لم يصل رجوع الموجب عن إيجابه إلى المخاطب قبل صدور القبول ، وعلى هذا يمكن بناء القبول على ذلك الإيجاب أي ينعقد العقد بصدور القبول الموافق لهذا الإيجاب.ونشاهد أن قضية إلحاق التلكس بالبرق أو بالتلفون قد اختلفت فيها الآراء سواء عند القانونيين أو عند الباحثين المعاصرين في الفقه الإسلامي.وكما هو معلوم أن المراسلة بالتلكس تختلف عن البرق من جهة عدم الحاجة إلى وساطة مصلحة البريد ، ولهذا يمكن أن يتواجد كل من طرفي العقد عند آلتي التلكس وأن تتم المراسلة بينهما خلال مدة قصيرة. أما إذا تمت المراسلة بالتلكس بوجود أشخاص آخرين دون أن يوجد كل من طرفي العقد عند آلتي التلكس فلا شك أن التلكس يلحق بالبرق وأن التعاقد بهذه الطريقة تأخذ أحكام التعاقد بين الغائبين .إذن ، فإن الحالة التي يمكن أن تختلف الآراء فيها هي أن يتبادل طرفا العقد الإيجاب والقبول وهما موجودان عند آلتي التلكس. فهناك رأي في الفقه

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٢١٨٧/٢

الغربي يقول إن التعاقد بهذه الطريقة لا يمكن تطبيق أحكام التعاقد بين الحاضرين عليه (١) . وهناك رأي آخر يقول بأن المخاطب إذا كان في ظروف تمكنه من إرسال قبوله فورا – حسب الإمكانيات التقنية– فإن هذه الطريقة من المراسلة يمكن اعتبارها مثل المكالمة الهاتفية (٢) . ________________(١) ENGEL (Pierrre)، Traite des Obligations en Droit Suisse، Neuchatel، 1973؛ نقلا عن : Tekinay، Borclar Hukuku، P. 93-94(٢) Tekinay، Borclar Hukuku، P. 94." (١)

"وعلى أي حال فإننا لا نستسيغ تطبيق النظريات التي تحدد وقت انعقاد العقد على تحديد مكان انعقاد العقد في التعاقد بالتلفون. لأن الأسباب والاحتمالات التي تعول عليها هذه النظريات لا يمكن تصورها فيما إذا تم صدور القبول والعلم به بآن واحد —كما رأينا سابقا –.(ب) الكتاب (الرسالة) وما شابهه من وسائل الاتصال :يسري على التعاقد بطريقة هذه الفئة من الوسائل أحكام التعاقد بين الغائبين. وإن إلحاق البرق بهذه الفئة أمر لا يحتاج إلى دراسة خاصة .وكما سبق أن بينا في الفئة الأولى أن التلكس والفاكس وما شابههما من وسائل بالرغم من إمكانية تصور بعض الحالات لإلحاقها بالتلفون فإنه يجب إلحاقها – في نهاية الأمر وفي التحليل الصحيح – بهذه الفئة .ومن البديهي أن التعاقد بطريقة إرسال الكاسيت والديسكيت وما شابههما (مع أن هذه الطريقة ليست شائعة على الصعيد العملي حاليا) يجب ملاحظته في إطار هذه الفئة.أما التعاقد بالعقل الإلكتروني (وليس عن طريق إرسال الديسكيت) حسب الطريقة التي تسمى بـ (ON-LINE) فإنه يمكن التوصل إلى نتائج مختلفة بدراسة كل حالة من الحالات في هذا النوع من التعاقد. وإذا كان هناك عقل إلكتروني تمت برمجته حسب مضمون العقد ، فإن التوصيف الفقهي يكون على أساس قيام الجهاز مقام أحد طرفي العقد (أو كليهما) كما قدمنا سابقا. ولكن الطرفين إذا تبادلا الإيجاب والقول وهما أمام شاشتي العقل الإلكتروني ، فإن هذه الطريقة يجب ملاحظتها في نطاق هذه الفئة مثل إلحاق التلكس والفاكس بها على ضوء ما ورد من توضيحاتنا للمكالمة التلفونية ولهاتين الوسيلتين ، وإن كان بالإمكان القول بوجود شبه بين هذه الطريقة والمكالمة التلفونية أيضا .________________." (٢)

"(ب) النتائج :١– تكاد تتفق آراء الفقهاء المسلمين على عدم اشتراط وجود طرفي العقد في مكان واحد وعلى جواز التعاقد بين طرفين متباعدين. والحقيقة أن القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة قد

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/١٢١٨٩

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/١٢١٩٢

جاءا بمبدأ بناء الأحكام على المخابرة بطريقتي (الكتابة) و (الرسالة) (السفارة) ، ولهذا لا يعتبر هذا الموضوع مثارا للجدل ، كما أن الباحثين في مجال الفقه الإسلامي في الوقت الحاضر لا يشعرون بالحاجة –أثناء دراساتهم للعقد– إلى نقاش واسع في جواز أو عدم جواز التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة. وأدل شيء على ذلك أن لجنة تعديل مجلة الأحكام العدلية لم تتردد في تقرير إضافة مادة إلى هذه المجلة تنص على صحة التعاقد بواسطة التلغراف والتلفون في سنة ١٩٢١.٢– وإذا وضعنا نصب أعيينا أن معظم الأحكام المتعلقة بانعقاد العقد لم تأت بها النصوص الخاصة بل وتوصل إليها الفقهاء من خلال التحليلات والتقييمات الفقهية أي من خلال الجهود المبذولة من أجل التأكد من وجود الرضا بين الطرفين ، فإنه يتبين لنا أن هذه الأحكام التي وردت في الكتب الفقهية – باعتبار معظمها – ليست أحكاما آمرة (أي من (النظام العام)) بل هي أحكام مكملة أو مفسرة حسب اصطلاح القانون.إذن ، يمكن للطرفين أن يعينا أو يحددا أحكام المسائل المتعلقة بانعقاد العقد (وخاصة بوقت أو مكان انعقاد العقد) . حتى ويمكن القول بأن هذا التعيين المسبق يكون أصلح وأوفق مع مبادئ الفقه الإسلامي من جهة سد باب النزاع والخلاف.وعلى هذا ، يجب ملاحظة الأحكام والنتائج التي سنذكرها فيما يلي بشرط (أن لا يكون الطرفان قد اتفقا على عكس ذلك) .٣– بينا أن الرأي القائل بأن الإيجاب (تعبير متلقى) وليس (تعبيرا ملقى) سواء في التعاقد بين الحاضرين أو في التعاقد بين الغائبين هو الراجح –في نظرنا–. وعلى هذا ، فإن الإيجاب لا يتم بمجرد صدوره بل لا بد من توجيهه إلى الطرف المقابل وبعبارة أخرى فإنه يجب إظهار الموجب إرادة تبليغ الإيجاب أي رضاه بالتبليغ لترتيب الحكم على الإيجاب. (وقد أشرنا إلى الرأي المعارض له الوارد في كتب الشافعية) .وكذلك أشرنا إلى رجحان الرأي القائل بأن توجيه الإيجاب إلى الجمهور يصح ويترتب الحكم على هذا التوجيه.______________." (١)

"وبعد أن نبهنا إلى ضرورة التمييز بين مفهومي (الإيجاب) و (الدعوة إلى الإيجاب) بينا أن كل تعبير يدل على أن صاحبه يريد به أن يلتزم به في حالة قبوله بما لا يدع مجالا للشك — بأي طريق كان هذا التعبير (بالمواجهة الشخصية ، بطريق الإعلان ، بوسائل الاتصال ، بوضع أجهزة أتوماتيكية) – يجب اعتباره (إيجابا) .وفي هذا النطاق أشرنا إلى أن الأجهزة الأتوماتيكية يمكن أن تقوم مقام أحد **طرفي العقد** (أو كليهما إذا كانت الظروف والإمكانيات مواتية لذلك) .وقد قمنا بتوضيح أن الإيجاب يمكن الرجوع عنه – في الحالات العادية – إلى وقت القبول (وهذا هو الرأي السائد في الكتب الفقهية) ، غير أننا

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/١٢١٩٦

لاحظنا أن اشتراط علم الطرف المقابل بالرجوع عن الإيجاب لترتب الحكم على هذا الرجوع هو الأوفق لمبادئ الفقه الإسلامي (خلافا لما ورد في كتب الأحناف) . ومن جهة أخرى ، فإن الإيجاب الذي وصل إلى الطرف المقابل والذي يمنح له حق التأمل والتروي مدة معينة إما بالتصريح وإما بدلالة الحال أو طبيعة المعاملة ، ارتأينا أنه من الأوفق لمبادئ الفقه الإسلامي اعتباره ملزما لصاحبه طيلة هذه المدة (خاصة في حالة تعيين ميعاد للقبول) ، ورجحنا بهذا الخصوص رأي جمهور المالكية.٤- بعد أن ذكرنا أن خيار القبول هو الحكم المتفق عليه في الفقه الإسلامي ، أشرنا إلى أن الحالات التي يمكن وصفها بأنها حالات (القبول الضمني) لا ينبغي تصورها بأن المخاطب أصبح ملزما بالقبول فيها.وقد رأينا أن وقت القبول يتحدد بمدة قيام المجلس الذي تم فيه أداء الكتابة أو الرسالة إذا تصورنا التعاقد بين الغائبين محددا بطريقتي (الكتابة) و (الرسالة) في إطاره التطبيقي من منظور ظروف وحاجات ذلك الزمن. ولكن التعاقد بين الغائبين في ظروف وقتنا الحاضر لا يتم حسب الطريقة التي كانت جارية في الأزمان السابقة ، ولهذا تـوصلنا إلى نتيجة أن سد الحاجة في يومنا هذا لا يتحقق إلا إذا قلنا بإمكانية القبول في المدة التي يعتبر فيها الإيجاب ملزما على ضوء ما ذكرناه من رأي جمهور المالكية بهذا الخصوص. ، وإذا تم قبول هذا الرأي ينبغي القول أيضا بأن الإيجاب لا يعتبر ساقطا في حالة رفضه من طرف المرسل إليه ما لم يصل خبر الرفض إلى الموجب.ونبهنا إلى أن القبول يمكن الرجوع عنه إلى وقت انعقاد العقد على الصعيد النظري . وأما على الصعيد العملي فإن هذا الرجوع لا يمكن إذا حكمنا بأن العقد ينعقد بمجد الإعلان عن القبول أي إذا تبنينا نظرية الإعلان (سنبين رأينا في النظريات المتعلقة بتحديد وقت انعقاد العقد بعد قليل) .________" (١)

"٥- ويتضح من هذا أن العرف هو الفيصل في تعيين صيغ وأساليب التعاقد ووسائله بين الناس وليس له من ضابط غير تحقيق المناط الشرعي لنصوص الكتاب والسنة القاضي بكفالة العدالة بين طرفي أو أطراف التعاقد وعدم الإجحاف بحقوق أي طرف أو إيثار طرف على آخر وإن بمجرد التيسير ماديا أو زمنيا أو بيئويا.٦- وعلى هذه القاعدة يمكن القول بأن مبدأ التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة لا سبيل إلى الاختلاف في أنه مباح شرعا إذا التزم بما سبق أن بيناه من ضوابط تحقيق العدالة ومنع الإجحاف.٧- لكن هذه الوسائل تتمايز ضوابطها تبعا لتمايز طبيعتها وأساليب التعامل بها وبيان ذلك :(أ) أن البرق أو الوسائل البرقية يجري التعامل فيها بتحويل الكلمات إلى إشارات من الطرف المرسل إليه وهذا العمل يقوم

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٢١٩٧/٢

به طرف ثالث ويحتمل أن يحدث خطأ في التحويل الأول أو في التحويل الثاني من شأنه أن يجحف بحقوق أحد الطرفين إجحافا قد يترتب عنه تغيير جوهري أو ذو أثر بليغ في طبيعة العقد أو في الهدف المبتغى منه وفي هذه الحال لا يمكن القول ببطلان العقد وإنما الذي يجب القول به هو تضمين الطرف الثالث الذي قام بالتحويل وكان منه الخطأ بحيث يتحمل جميع المسئوليات المادية الناتجة عن خطئه.(ب) إن الاتصال الهاتفي لا يمكن لأي طرف من طرفي العقد أو أطرافه أن يزعم حدوث خطأ فيه لأن المتعاقدين أو المتعاقدين يسمع بعضهم بعضا سواء كان الهاتف ثنائيا كما هو الشأن في الهاتف التقليدي أو مشتركا لأكثر من اثنين كما أصبح عليه الطوار الجديد للهاتف ، وإذن فهو وسيلة مضمونة لسلامة التعاقد بين طرفين أو أكثر وفيها ينعدم تماما كل التباس بما سمي قديما (خيار المجلس) لأن المكان في ذاته ليس مقصودا وإنما المقصود انعدام فاصل زمني بين المتعاملين قد يحدث أثناءه تغير في السوق مثلا أو في ظروف أحد المتعاملين يغير من طبيعة الدافع إلى التعاقد لأحد الطرفين أو الأطراف.(ج) إن الجهاز الناقل كتابة (تلكس) لرسائل طرفي التعاقد أو أطرافه لا سبيل إلى الغمز فيما ينقل إذ إنه في حال الاشتباه في صحة رسالة من طرف إلى آخر يمكن للطرف المشتبه في صحتها أن يراجع الطرف المرسل للتأكد من جلية ما اشتبه فيه ، ومجموع ما يتم تبادله بين طرفي التعاقد أو أطرافه من الرسائل يألف العقد وليس بعض منها دون بعض ، وقد يقال في هذا المجال أن تبادل الرسائل يقتضي فاصلا زمنيا قد يحدث أثناءه ما يجعل أحد الطرفين أو الأطراف راغبا في تعديل إيجابه أو قبوله أو شرط من شروط الإيجاب أو القبول.___________." (١)

"وعمليات البورصة ذات أشكال ثلاثة هي :١- العمليات العاجلة : ويلجأ إليها الراغبون في استثمار أموالهم بشراء أوراق مالية ، ويتم بيعها عند توافر فرصة للربح ، أو وجود أمل في الحصول على الجوائز التي تعطي لبعض السندات بطريق السحب للأرقام.٢- العمليات الآجلة : وهي ثلاثة أنواع :(أ) العمليات الشرطية البسيطة : وهي التي يكون الخيار للمضارب بين فسخ العقد في ميعاد التصفية أو قبله ، أو تنفيذ العملية إذا رأى تقلب الأسعار لصالحه ، على أن يدفع تعويضا متفقا عليه سلفا.(ب) العمليات الشرطية المركبة : وهي التي يكون فيها الخيار للمضارب بين أن يكون مشتريا أو بائعا ، وأن يفسخ العقد ، إذا رأى مصلحة له في ذلك عند التصفية أو قبلها ، مقابل تعويض أكبر مما يدفع في العمليات البسيطة ، يدفعه لصاحبه.(ج) العمليات المضاعفة : وهي التي يكون فيها الحق للمضارب في مضاعفة الكمية التي

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٢٣٤٦/٢

اشتراها أو باعها ، بسعر التعاقد ، إذا رأى مصلحة في التصفية ، على أن يدفع تعويضا مناسبا متفقا عليه ، يختلف بنسبة الكمية المضاعفة.ويختلف معنى المضاربة في البورصة عن معناها الشرعي ، فمضاربة البورصة ، هي المخاطرة على سعر السلعة في البورصة في تصفية معينة ، وهي إما مضاربة على الصعود : وهي أن المضارب يشتري السلعة بسعر ، وهو يخاطر في أنه سيرتفع ، فيبيع حالا ما اشتراه مؤجلا بالسعر المرتفع ، ويقبض الفرق. وإما مضاربة على الهبوط : وهي أن يبيع الشخص سلعة بسعر ، وهو يخاطر في أنه سينخفض يوم التصفية ، حيث يبيع بالثمن الحال ، ويشتري ما اتفق عليه مؤجلا ، ويقبض الربح.وفي كلتا الحالتين قد يحدث خلاف المتوقع فيخسر المضارب ، ويتم البيع على المكشوف ، فلا تكون السلعة في حيازة البائع ، ولا الثمن في حيازة المشتري وقت التعاقد ، ولا يتم تسليم أو تسلم إلا يوم التصفية. وهذا كله حرام شرعا.أما المضاربة الشرعية أو القراض فهي عقد يقوم على تقديم المال من أحد **طرفي العقد** ، والعمل من الطرف الآخر.***خطة البحث :يتضمن البحث قسمين :القسم الأول : أحكام بورصة الأوراق المالية .والقسم الثاني : أحكام بورصة العقود (الكونتراتات) .***______________." (١)

"٥- لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقا أو مضافا للمستقبل. وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعدا بالبيع . وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء وبرضا الطرفين.٦- لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصا يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد باطلا.ويترتب على ذلك:(أ) عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها.(ب) أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي، وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة. ويعرف مقدار الربح، إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد، وما زاد عن رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة ، وفقا لشروط العقد.(ج) أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلنا وتحت تصرف حملة الصكوك .٧- يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته. وما يوزع على **طرفي العقد** قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.٨- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري، وإما من

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/١٢٤٠٠

حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال.٩- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن **طرفي العقد** بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.[انتهى قرار المجمع]______________." (١)

"دور هذه الهيئة هو دور الوكيل عن **طرفي العقد** ، فالهيئة تتولى العقد نيابة عن المشترى ونيابة عن البائع، فهل يجوز أن يتولى شخص واحد **طرفي العقد** في عقود المعاوضات ؟هذه مسألة خلافية، فلا مانع من الأخذ فيها برأي المجوزين، لا سيما إذا لاحظنا أن الوكالة هنا مقيدة، وأن الهيئة تنفذ في الواقع إرادة كل واحد من الطرفين.يأتي بعد ذلك حكم ضمان الوكيل لكل من المشتري والبائع، لأن الهيئة، وهي الوكيل، ستضمن المشتري وتضمن البائع، فهل يجوز هذا الضمان ؟إذا أخذنا برأي من يقول إن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل، فإن الضمان لا يجوز؛ لأن المرء لا يضمن نفسه، أما إذا أخذنا بالرأي الآخر، وهو أن حقوق العقد ترجع إلى الموكل، فإن الضمان يجوز، ولا أرى مانعا من الأخذ بهذا الرأي.يأتي بعد ذلك سؤال لم أجد له جوابا في المذكرة هو: هل هذا الضمان بعوض أم بغير عوض ؟ إذا كان بغير عوض فإن ضمان الهيئة يكون جائزا، أما إذا كان بعوض، وهو ما أرجحه، فإن الضمان لا يجوز؛ لأن أخذ العوض على الضمان لا يجوز بالإجماع، وقد أصدر المجمع قرارا بهذا في دورته الثانية.***س٦: هل يصح بيع (اختيار الاستدعاء) ؟ أو هو كبيع شيء موصوف لا يملكه البائع بالرغم من توفره في السوق ؟لا يصح بيع اختيار الاستدعاء، لأن عقد الاختيار القائم عليه ثبوت حق اختيار الاستدعاء غير صحيح، ولو كان عقد الاختيار صحيحا فإن بيع اختيار الاستدعاء يكون من قبيل بيع الحقوق المجردة وقد ذكرنا أن الاعتياض عن الحقوق المجردة لا يجوز.______________." (٢)

"أركان الإجارة:الأول – العاقد:ويشمل **طرفي العقد** (المؤجر والمستأجر) ممن له حق الإيجاب والقبول فيه، تشترط أهلية العاقد، ومعنى الأهلية : (صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، بمعنى أن يكون

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٣٣٠٤/٢

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٣٤١١/٢

الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق لغيره، وتثبت له حقوق قبل غيره، وصالحا لأن يلتزم بهذه الحقوق).وشرط العاقد) البائع، أو غيره (الرشد)، وهو أن يبلغ مصلحا لدينه، أو ماله) (١) .والمقصود به: (أن يكون العاقد جائز التصرف أي حرا، مكلفا، رشيدا، فلا يصح من مجنون مطلقا، ولا من صغير، وسفيه، لأنه قول يعتبر له الرضا، فاعتبر فيه الرشد كالإقرار) (٢) .واعتبر المالكية (التمييز) شرح صحة، قال العلامة خليل: (وشرط عاقده تمييز) وفسر المالكية التمييز: (بأن يكون إذا كلم بشيء من مقاصد العقلاء فهمه، وأحسن الجواب عنه، فلا ينعقد من غير مميز لصغر، أو إغماء، أو جنون، ولو من أحدهما..) (٣) .والواقع في سوق المال ، أن من يمارس نشاطه فيه أصالة، أو وكالة هو كامل الأهلية، مستوف الشروط الشرعية، خال من موانع الأهلية، بل ذو ممارسة وكفاءة عالية، لا يدخلها إلا وهو على ثقة من جدوى تعامله فيها.ـــــــــــــــ(١) المحلى، جلال الدين: شرح منهاج الطالبين، الطبعة الرابعة، (بيروت: دار الفكر): ١٥٥/٢؛ وعميرة شهاب الدين أحمد البرلسي: حاشية على المحلى، بهامش شرح المحلى على المنهاج: ١٥٥/٢.(٢) البهوتي: شرح منتهى الإرادات: ١٤١/٢.(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٥/٣. وانظر: حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني: ٢٠/٥.." (١)

"و (الحق) في اللغة من معانيه: الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، ومنه حق الأمر: وجب (١) .فالحق المالي هو ما وجب لشخص في ذمة شخص آخر بسبب دين أو عارية، أو نقص العين المباعة معيبة، أو تدليسها، فهذه حقوق مادية تتعلق بما يسمى مالا، ولهذا قسم فقهاء الحنابلة (الحق) من حيث المالية إلى الأقسام التالية:حق مالي: مثل الدين، والعارية.حق ليس فيه معنى المال: مثل خيار الشرط .حق فيه معنى المال: مثل خيار العيب والتدليس (٢) .القسم الأول – (الحق المالي):هنا شيء مقرر ثابت في الذمة، يمكن تقريره، وتقويمه في حالة انعدامه، فمن ثم تترتب عليه حقوق مالية، وآثار شرعية معينة تلقائيا عندما يتعرض أحد طرفي العقد لأمر طارئ كالموت، فإن أول ما يتعلق بالعقد انتقال الحقوق والواجبات إلى الوارث، أو تقديرها، ودفع عوض عنها عندما تتعرض العين للتلف.القسم الثاني:وبالنسبة للقسم الثاني ما ليس فيه معنى المال: كخيار الشرط فإنه لا ينتقل إلى الوارث تلقائيا إذا لم يشترطه المورث في صلب العقد.ـــــــــــــــ(١) انظر: التهانوي، محمد علي الفاروق: كشاف اصطلاحات الفنون، تحقيق لطفي عبد البديع، ترجمة عبد النعيم محمد حسنين، (مصر: وزارة الثقافة والإرشاد القومي، سنة ١٣٨٢هـ/١٩٦٣م): ٨٢/٢. ابن المبرد، جمال الدين: الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي، الطبعة الأولى،

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٣٤٢٨/٢

تحقيق رضوان مختار بن غربية، (جدة: دار المجتمع للنشر والتوزيع، سنة ١٤١١هـ/١٩٩١م): ٥١٦/٣.(٢) انظر البهوتي: شرح منتهى الإرادات: ١٧٢/٢، ٢٥٢.." (١)

"والفرق بين الطوارئ الحادثة غير المتوقعة وبين القوة القاهرة هو أن الطوارئ الحادثة غير المتوقعة يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا يجاوز حدود السعة دون أن يكون مستحيلا وأما القوة القاهرة فهي التي تتحقق فيها الاستحالة ونظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحالة ملحة تقتضيها العدالة فهي تستهدف بالنقد باعتبارها مدخلا لتحكم القاضي ولم تترك هذه الطوارئ لتقدير القاضي تقديرا ذاتيا وشخصيا بل قيد ذلك بأن اقتضت العدالة ذلك وهي عبارة تشير إلى توجيه موضوعي النزعة وعليه فإذا تثبت القاضي من قيام الطوارئ غير المتوقع عمد إلى إعمال الجزاء برد الالتزام الذي أصبح يجاوز السعة إلى الحد المعقول وشرط الحادثة الطارئة أن تكون حادثة استثنائية عامة كالفيضان مثلا والجراد ونحو ذلك مما لا يختص بالشخص كالحريق مثلا. ثم نظرية الطوارئ غير المتوقعة تختلف عن نظرية القوة القاهرة في أن الطارئ غير المتوقع لا يجعل التنفيذ مستحيلا بل يجعله مرهقا يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء فالقوة القاهرة تقضي على انقضاء التزام وعلى هذا النحو يتحمل تبعاتها كاملة. أما الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا إنقاص الالتزام إلى الحد المعقول وبذلك يتقاسم تبعته الطرفان. ومرجع هذه الأحكام منشؤها الإعذار في المذهب الحنفي والجوائح في المذهب المالكي والحنبلي مع خلاف في الأحكام في المساواة بين طرفي العقد التبادلي وفي العدالة عموما (١) وقد وقع في سنة ١٢٥٠ في غلة حب الزيتون عاهة وهي الدود ولا يليق عصره في معصرة ضرب الماء لأنه يفسد لون الزيت فعدل الناس إلى عصره بمعصرة السلنطي وتركوا معصرة ضرب الماء وقد كان إنسان اكترى معصرة من معاصر ضرب الماء أوائل الشتاء فوقعت العاهة بالحب فقل الواردون لمعصرة ضرب الماء فتضرر المكتري بذلكوطلب فسخ الكراء عن نفسه كالفنادق إذا قل الواردون إليها لفتنة فهو عيب يوجب خيار المكتري ولا يلزم المسوغ أن يحط من الكراء والله أعلم (٢) وإذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا في العقود ينفسخ العقد من تلقاء نفسه وهذا إذا كانت الاستحالة كلية فإذا كانت جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي كليهما فسخ العقد بشرط علم الطرف المقابل. ويضمن المقاول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان بتعديه أو بتقصيره أم لا وينتفي الضمان أو الخسارة إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه.____________(١)

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٣٤٤٦/٢

يراجع فيما يتعلق بالحوادث الطارئة غير المتوقعة: الكاساني: ٤/١٩٧ ـ ١٩٩، والهندية: ٤/٤٥٩ ـ ٤٦٢، وابن عابدين: ٥/٧٦، ومصادر الحق: ٦/٩٥ ـ ١١٨.(٢) من لفظ الدرر فيما به العمل من مذهب دار الهجرة، لمحمد السنوسي: فصل جوامع الكراء: ص١٦٦." (١)

"الأمر الثالث:جاء في عناوين البحوث المطروحة هنا عنوان: (هل يجوز انتفاع الراهن أو المرتهن بالعين المرهونة).ونحن لا نرى مجالا لهذا البحث في ذيل بحث بيع الوفاء بعد أن رأينا أن هناك فاصلا كبيرا بين العقدين فهنا بيع كامل وانتقال للثمن والمثمن إلى الطرفين وحينئذ فلكل منهما التصرف غير الناقل بما يملكه بل رأينا أن هناك من يجيز التصرف الناقل بعد فرض إمكان الفسخ والعودة إلى البائع الأول أو المالك الأول.وما نود الإشارة إليه هنا أن المقصود من هذا البيع هو التصرف في الشيء المنتقل بهذا العقد وذلك في طرف الثمن أو المثمن فلا مجال في رأينا لمثل هذا البحث هنا.وعلى هذا الغرار يعلم أيضا أن لا محل للبحث في عنوان: (حكم اشتراط البائع الضمان من المشتري للوفاء ببيع الوفاء).الأمر الرابع:الآثار الاقتصادية لبيع الوفاء:نعتقد – على ضوء ما سبق – أن هذا العقد يمكنه أن يشكل سبيلا شرعيا للتخلص من الربا وآثاره التخريبية فهو يحدث برغبة من كل من **طرفي العقد** في الانتفاع بما لدى الطرف الآخر. فالبائع بحاجة للتصرف في الثمن لسد حاجة من حاجاته من جهة فيتم العقد ولا يشعر حينئذ بأنه يدفع شيئا لقاء حصوله على الثمن ثم هو يحتاط كثيرا في تصرفه لئلا يفقد ما باعه ببيع الوفاء ليمكنه التسديد حين سعيه لرد العين، والمشتري بحاجة للاستفادة من العين المبيعة والانتفاع بمنافعها مع ضمان تام لعودة رأسماله المدفوع في المدة المشترطة بل لعله أيضا يترقب استقرار البيع عليه عند انقضاء تلك المدة وهذا مما يشكل حافزا قويا للإقدام على التعامل.وهكذا نجد الدوافع متكافئة والإقدام طبيعيا على مثل هذا العقد دونما حاجة للولوج في الربا المحرم وعلى هذا فإن هذا العقد يمكنه أن يشكل أحد العقود التي يمكن للبنك اللاربوي أن يتعامل بها إلى جانب عقود المضاربة والمزارعة والمساقاة والشركة والإجارة بشرط التمليك وغيرها.وكلما أمكننا أن نوسع من دائرة العقود المشروعة أمام البنك استطعنا أن نعطيه بل ونعطي المتعاملين معه الفرص الأكثر لاختيار البدائل الأفضل.الشيخ محمد علي التسخيري* * *_____________." (٢)

"بقي لي أن أشير إلى نقطة ذكرت هنا، وأرجو أن تكون خاتمة حديثي وتعليقي، وليعذرني السيد الرئيس إن كنت قد أطلت، الحقيقة أنا أعتقد أن هذا العقد يمكنه أن يشكل سبيلا شرعيا للتخلص من الربا

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/١٤١٨٤

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/١٤٤١١

وآثاره التخريبية، فهو يحدث برغبة من كل من طرفي العقد في الانتفاع بما لدى الطرف الآخر، فالبائع بحاجة إلى التصرف في الثمن لسد حاجة من حاجاته من جهة، فيتم العقد ولا يشعر حينئذ بأنه يدفع شيئا لقاء حصوله على الثمن، ثم هو يحتاط كثيرا في تصرفه لئلا يفقد ما باعه ببيع الوفاء ليمكنه التسديد حين سعيه لرد العين، والمشتري بحاجة للاستفادة من العين المبيعة والانتفاع بمنافعها مع ضمان تام لعودة رأس ماله المدفوع في المدة المشترطة، بل لعله – أيضا – بتوقف استقرار البيع عليه عند انقضاء تلك المدة، وهذا مما يشكل حافزا قويا للإقدام على التعامل. وهكذا نجد الدوافع متكافئة والإقدام طبيعيا على مثل هذا العقد دونما حاجة للولوج في الربا المحرم.أرجو أن نعيد النظر كرتين قبل أن نسرع بتحريم شيء معمول به في عالمنا الإسلامي منذ القرن الخامس على الأقل. وشكرا.الدكتور عبد اللطيف جناحي:بسم الله الرحمن الرحيم .أود أن أعلق على نقطة وهي في الواقع إقرار للحق بحكم صلتي كعضو مجلس إدارة وعضو لجان تنفيذية في تسع مؤسسات إسلامية، بنوك وشركات استثمار وغيرها، وبحكم صلتي بثلاث عشرة مؤسسة إسلامية موجودة في البحرين ، وبحكم صلتي بالمؤسسات العربية ومعظم المؤسسات الإسلامية ، أود أن أؤكد للجميع بأنه لا يوجد بين هذه البنوك من يتعامل مع البنوك الربوية بالربا ، هم يتعاملون مع البنوك الربوية بشروط إسلامية، وهذا انتصار للإسلام. في الواقع مرت علينا أحداث بحيث سجلت علينا أموال ربوية فرفضناها، وعندما أتى مندوب البنك ليناقش البنك الإسلامي بأن تسجيل هذا المبلغ هو بحكم القانون في تلك الدولة قلنا له بصريح العبارة: إن القانون وضعه بشر، وضعه إنسان، أما ما نقوم به نحن فهو من وضع الله سبحانه وتعالى، ولا نستطيع مخالفته بأي شكل من الأشكال، وصدقوني أنهم رجعوا إلى بلدانهم فألغوا مثل ذلك القيد، وهذا انتصار للإسلام. فإذن هذا من قبيل التعليق على ما ذكر.______________." (١)

"العربون في القوانين الوضعية:قال السنهوري (١) : " يتفق أحيانا أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر، عند إبرام العقد ، مبلغا من المال، يكون عادة من النقد، يسمى: العربون وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع ، وفي عقد الإيجار فيدفع المشتري للبائع، أو المستأجر للمؤجر، جزءا من الثمن أو من الأجرة ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد، بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر، وإما تأكيد العقد والبت فيه، عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون ".وقال أيضا (٢) : " إذا دفع عربون وقت إبرام العقد . ولم يتفق المتعاقدان، صراحة أو ضمنا، على أنه إنما دفع لتأكيد البتات في التعاقد، كان دفعه دليلا على أن المتعاقدين أراد أن يكون منهما الحق في العدول عن

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٤٧١٨/٢

العقد، يستوي في ذلك البيع والإيجار وأي عقد آخر .فإذا لم يعدل أحد منهما عن العقد، خلال المدة التي يجوز له فيها العدول، أصبح العقد باتا، واعتبر العربون تنفيذا جزئيا له، ووجب استكمال التنفيذ .أما إذا عدل أحد المتعاقدين عنه، في المدة التي يجوز له فيها ذلك، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر قدر العربون، جزاء العدول.فإذا كان هو الذي دفع العربون فإنه يفقده، ويصبح العربون حقا لمن قبضه.أما إذا كان الطرف الذي عدل هو الذي قبض العربون، فإنه يرده ويرد مثله، أي يرد ضعفيه للطرف الآخر، حتى يكون بذلك قد دفع قيمة العربون، جزاء عدوله عن العقد ".ويلاحظ هنا ما يلي:١- التصريح في القانون بإعطاء حق العدول لكل من طرفي العقد، البائع والمشتري، أو المؤجر ولمستأجر.٢- قابض العربون قد يكون البائع أو المشتري، المؤجر أو المستأجر.٣- حق العدول عن العقد قيد بمدة معلومة، يصبح بعدها العقد باتا، والعربون جزءا من الثمن أو الأجرة.٤- لا يشترط لاستحقاق العربون وقوع الضرر فعلا، أو إثبات وقوعه.٥- الغرض من العربون أحد أمرين:١- تأكيد العقد والبت فيه، واعتبار العربون بدءا لتنفيذ العقد، وجزءا من الثمن أو الأجرة (٣) .٢- حق العدول لأحد الطرفين ، خلال المدة المحددة، فإذا عدل الدافع فقد العربون، وإذا عدل القابض رده ومثله معه.____________(١) الوسيط ١ /٢٥٩.(٢) الوسيط ١ /٢٦٢.(٣) مر معنا فقها أن هذه الصورة لا تعد من العربون الذي اختلف فيه الفقهاء، وأنها جائزة عند الجميع، لأن المبلغ المدفوع يعتبر دفعة على الحساب.." (١)

"٦- لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصا يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد باطلا. ويترتب على ذلك:أ- عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها.ب- إن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة، ويعرف مقدار الربح إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد وما زاد عن رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة وفقا لشروط العقد.ج- أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلنا وتحت تصرف حملة الصكوك.٧- يستحق الربح بالظهور ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) فإنه يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.٨- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٦٠٢٧/٢

حالة وجود تنضيض دوري وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت حساب ، ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال .٩- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن **طرفي العقد** بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين. على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة ، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام ك١ن محل اعتبار في العقد.- انتهى قرار المجمع -___________." (١)

"ولكن السندات في ظل النظام الرأسمالي لا تخلو من تحديد فوائدها مقدما كما أنه من الطبيعي استرداد رأس مالها وفوائدها حسب المدة المتفق عليها مقدما.وفي الفقه الإسلامي لا يجوز بالإجماع (١) ضمان رأس مال الصكوك من قبل الجهة المصدرة ولكنه يجوز أن تقوم جهة ثانية .كالدولة مثلا . بإعطاء هذا الضمان للسندات التي أصدرتها البنوك أو الشركات. وهذا ما أجازه مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم ٥ في دورت هالرابعة بجدة في ٢٣.١٨ جمادى الآخرة ١٤٠٨هـ، القاضي بأنه: "ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المضاربة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن **طرفي العقد** بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة ".ومن المعلوم بداهة حرمة الفوائد المضافة إلى رأس المال في السندات (وفي غيرها) وكذلك ضمانها.كذلك لا مانع شرعا من أن تضمن الجهة المصدرة للصكوك قيامها بشرائها تطمينا لمن يشتريها وهذا هو الحال في شهادات الإصدار اللاحقة من شهادات الاستثمار للبنك الإسلامي للتنمية حيث يتمتع هذا النوع بإمكانية التسييل بإحدى الوسيلتين .الأولى: البيع إلى مؤسسة مصرفية إسلامية بالسعر الذي يتفق عليه وذلك بعد فترة الاكتتاب والتشغيل الفعلي.الثانية: شراء البنك الإسلامي للتنمية ، حيث تعهد بشراء ما قد تعرض البنوك الإسلامية بيعه مما تملكه من شهادات وذلك بحد أقصى ٥٠ ٪ مما يملكه البنك الواحد من الإصدار الأساسي (٢)___________(١) الإجماع للإمام ابن المنذر تحقيق د. فؤاد عبد المنعم، طبعة دولة قطر ص ٩٨، وكذلك صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الرابعة بجدة من ٢٣.١٨ جمادى الآخرة ١٤٠٨هـ حيث جاء فيه: "

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٦٤٣٥/٢

٤ . لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المضاربة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال"(٢) د. محمد فيصل الأخوة: بحثه عن الأدوات المالية الإسلامية والبورصات الخليجية قدم إلى مجمع الفقه في دورته السادسة.." (١)

"ثالثا: هناك اتفاق تام على أن الأجر المستحق يجب أن يحدد تحديدا واضحا بنقد رائج معلوم بكذا دراهم أو دنانير من نقد البلد غالبا، ولو اتفق على دفع الأجر من مكيلات أو موزونات أو معدودات متقاربة فإن الشرط بيان القدر والصفة في أي حالة على وجه التحديد، ويلاحظ أن مثل هذه السلع المتجانسة أو المتماثلة الوحدات استخدمت قديما كنقود سلعية في المبادلات، ويلاحظ أن مثل هذه النقود السلعية تشترك مع النقود الذهبية والفضية في أن لها قيمة أو مالية ذاتية، على عكس النقود الاصطلاحية أيا كان شكل هذه الأخيرة، وفي المصادر الفقهية ما يؤكد جواز تحديد الأجر أيضا بأي سلع أخرى (وربما منافع) لها مواصفات مميزة ومعروفة وفي حد ذاتها مقبولة بصفة عامة بين الناس ، أما إذا لم يكن الأجر محددا تحديدا واضحا فغير جائز لاحتمال الجهالة أو الغرر، وكل ما سبق يعني أن أئمة الفقه الإسلامي كانوا حريصين أشد الحرص على تحديد ما نسميه في الفكر الحديث بالأجر الحقيقي عند التعاقد على العمل.ويترتب على هذا أمر هام في بحثنا الحالي ، حيث إن الأجور تستحق بالنقد الرائج المتداول الذي هو نقد ورقي اصطلاحي ، ليس له بالضرورة صفة الاستقرار أو الثبات، فالنقد الرائج المتداول في عصرنا قد يستقر في قيمته الحقيقية (قوته الشرائية) حينا ، وقد يتدهور حينا آخر ، وبذلك فهو لا يضمن استقرار الأجر الحقيقي الذي هو عبارة عن كم معين سلعي.ولدينا احتمالات ثلاثة : أولها أن الأجر المستحق بالنقد الورقي المتداول يتقلب في قيمته الحقيقية حول مستوى معين، تارة لأعلى إذا انكمشت الأسعار أو غلت النقود ، وتارة لأسفل إذا ارتفعت الأسعار ورخصت النقود، وثانيها أن القيمة الحقيقية للأجر المستحق بالنقد الورقي المتداول تتجه بصفة مستمرة لأعلى بسبب استمرار انكماش الأسعار –أي غلاء النقود– على المدى الطويل من الزمن، وثالثها أن القيمة الحقيقية للأجر المستحق بالنقد الورقي المتداول تتجه بصفة مستمرة لأسفل بسبب استمرار ارتفاع الأسعار – أي رخص النقود– على المدى الطويل من الزمن.والاحتمال الأول لا يستدعي معالجة خاصة ؛ حيث إنه إذا سارت الأمور على مثل هذا المنوال فإن الضرر أو النفع الواقع على أحد طرفي العقد لن يستديم، بل إن الضرر والنفع قد يتساويان في المتوسط على مدى الزمن بشكل لا يتضمن إخلالا بالعدالة ، أما في الحالتين الأخريين فإن الأمر يختلف

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٦٤٥٣/٢

بداهة ؛ ذلك لأنه إذا انكمشت الأسعار بصفة مستمرة فغلت النقود بصفة مستمرة فإن في هذا إضرارا بالمستأجر للعمل على مدى الأجل الطويل، ويزداد الضرر طالما بقي مستوى الأجر النقدي ثابتا ، وكلما طالت مدة العقد واشتدت حدة غلاء النقود، والعكس صحيح ، بمعنى أنه إذا ارتفعت الأسعار بصفة مستمرة فرخصت النقود بصفة مستمرة فإن في هذا ضررا مؤكدا واقعا على الأجير، وتشتد حدة الضرر طالما بقي مستوى الأجر النقدي ثابتا وكلما طالت مدة العقد واشتدت حدة رخص النقود.____________" (١)

"ب- إن الجهالة الكثيرة تغتفر فقها لمبررات شرعية معتبرة كالحاجة العامة ، (ومثالها عقد الجعالة) فهل من مبرر شرعي هنا لاغتفار الجهالة؟ الجواب بالإيجاب ، والمبرر هو مراعاة قاعدة شرعية عظيمة هي: حفظ العدل بين **طرفي العقد** (١) ذلك أن أثر التضخم على العمال الذين يتقاضون أجورا ثابتة خلال سريان عقد العمل هو تخفيض القوة الشرائية لتلك الأجور نتيجة ارتفاع الأسعار، بينما أثره على أرباح أصحاب الأعمال هو عادة زيادة أرباحهم بما يوازي معدل التضخم على الأقل.فربط الأجور بالأسعار لا يلزم أصحاب العمل بزيادة الأجور إلا عندما تزداد أسعار منتجاتهم فتزداد أرباحهم، وهذا أقرب إلى تحقيق العدل بين الطرفين في ظل اقتصاديات التضخم.ويظهر للمتأمل أن قاعدة منع الجهالة في العقود هي على التحقيق وسيلة إلى مقصد شرعي أسمى هو حفظ العدل بين **طرفي العقد** ؛ لأن الجهالة الكثيرة هي مظنة إلحاق غبن بالعاقد ماكان يرضى به لو علم الحقيقة قبل العقد، وما دام الأمر كذلك فإن من المناسب أن نغتفر الجهالة الكثيرة إذاكانت في نفسها وسيلة لازمة لحفظ العدل بين **طرفي العقد**، وهذا قريب من واقع ربط الأجور بالأسعار.ج – من المعهود في الشريعة كثرة اغتفارها الغرر (وهو نوع من الجهالة) في المعاملات المنعقدة على عمل الأبدان، وقد أجاد في بيان ذلك الشيخ العلامة المحقق محمد الطاهر بن عاشور رحمه الله (٢)د – هناك مدخل مختلف تماما لموضوع ربط الأجور بالأسعار ينبغي أيضا النظر فيه قبل الانتهاء إلى رأي فقهي، وأنتقل الآن إليه.____________(١) للتفصيل والشواهد الفقهية على هذه القاعدة الملحوظة في الفقه وإن لم تكن ملفوظة، انظر لكاتب هذا البحث (قواعد المبادلات في الفقه...) (ص ٤٥- ٤٨) ويذكر ابن رشد في بداية المجتهد (٢/ ١٦٤) رأي مالك رحمه الله بأن النهي عن بيوع الغرر

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/١٧١٠١

(إنما هو لمكان عدم العدل في١٥) والغرر نوع من الجهالة(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ١٨٤-١٨٦، ط: الشركة التونسية." (١)

"ثالثا: ويعني الربط الكامل للأجور بالأسعار أن يتفق منذ بداية العقد على أن يزداد الأجر النقدي الأساسي في كل سنة لاحقة بنسبة الزيادة العامة في الأسعار، حسب مؤشر عام للأسعار تقيسه وتعلنه جهة رسمية متخصصة مستقلة عن **طرفي العقد** ، ويعني الربط عمليا تمكين الأجير من شراء نفس الكمية من سلع وخدمات محددة موصوفة، ولو تغيرت أسعارها خلال سريان عقد العمل، نتيجة التضخم.رابعا: والربط يمكن أن يؤدي إلى جهالة كبيرة في مقدار الأجر النقدي المستحق بالعقد لفترة مقبلة، لكن ثمة اعتبارات شرعية تبرر أن تغتفر هذه الجهالة، وأهم هذه الاعتبارات:أ- إن ذلك أقرب إلى العدل بين الطرفين في عقد العمل.ب- إن من الجائز شرعا الاتفاق على أجر غير نقدي يتكون من سلة من سلع وخدمات محددة موصوفة، وهذا قريب جدا من ربط الأجور بالأسعار.خامسا: في ضوء ما سبق يبدو من المناسب القول بأن ربط الأجور بالأسعار مباح ، بشرط أن يعلم الطرفان بحقيقة المؤشر العام للأسعار الذي يتفق على اعتماده.سادسا: إن الآثار الاقتصادية العامة لربط الأجور بالأسعار بعضها نافع وبعضها ضار، وكثير منها غير متفق عليه بين الاقتصاديين، وهي على العموم لا تكفي سندا لمنع ما دلت الأحكام التفصيلية على إباحته، وبوسع ولي الأمر في أي بلد، إذا تبين له، بأدلة معتبرة، أن لربط الأجور آثارا ضارة راجحة، أن يقيد هذا المباح أو يمنع منه مؤقتا بحسب قواعد السياسة الشرعية .د. محمد أنس الزرقا______________." (٢)

"على أن الربا قد يكون موجودا باعتبار الدولار، ولكنه ليس موجودا باعتبار الدينار، كما أن الربا ليس مؤكدا ؛ لأن قيمة الدينار قد تبقى ثابتة، فيرد المقترض عددا مماثلا من الدولارات، أو قد تنقص فيرد أقل، أو تزيد فيرد أكثر.وكذلك الغرر موجود باعتبار الدولار، وغير موجود باعتبار الدينار.٨- ومع ذلك فإني أرى إمكان جواز العملية المطروحة، بشرط أن يكون تقويم الدينار خارجا عن إرادة طرفي عقد القرض (وهذه هي حال الدينار الإسلامي فيما أعلم)، وبشرط أن لا يزيد المقرض في هذه القيمة ؛ وذلك سدا لذريعة الربا؛ إذ لو كان التقويم بيد **طرفي العقد** لأمكن المقرض أن يزيد في سعر الصرف ، بما يتوصل به إلى الربا الممنوع.ففي الذهب بالفضة أجاز الشارع الفضل لاختلاف الصنفين، ولكنه لم يجز النساء، سدا لذريعة

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٧١٨٥/٢

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٧١٩٠/٢

الزيادة في الفضل لاختلاف الزمنين (الزمن الحاضر والزمن المستقبل)، ففي إمكان المربي أن يقرض ذهبا بفضة، بدل ذهب بذهب، لاسيما وأن كليهما (الذهب، والفضة) نقد، فيكون ثمة فضل لاختلاف الصنفين، ويزيد المربي هذا الفضل بمقابلة اختلاف الزمنين، فيتوصل بذلك إلى ربا النسيئة المحرم، وهو الزيادة المشروطة في القرض لأجل الزمن.والله أعلم بالصوابالدكتور رفيق يونس المصري______________." (١)

"٥- ٤- مقترحات لمعالجة هذه المشكلة:لابد من العمل على إعادة توجيه البنوك الإسلامية نحو المشاركة (وصيغ الشركة الأخرى) كأساس لعمليات التمويل ، ولابد من العمل على معالجة مشكلة المخاطرة الأخلاقية بكل سبل ممكنة ومقبولة من الناحية الشرعية.إن العلاج لمشكلة المخاطرة الأخلاقية هو خلق الحوافز التي تدفع طرفي العقد –لاسيما الطرف المشكوك بالتزامه– إلى سلوك يماثل المفترض فيه، فإذا كان المفترض في المضارب أن يتحلى بالأمانة، جاءت هذه الحوافز لتجعل للخيانة ثمنا باهظا يتردد هذا المضارب قبل أن يركب مركبه الصعب، ذلك أن هذا المضارب هو إنسان عاقل يعرف ما فيه نفعه وضره، وهو بلا شك حريص على أن لا يذهب في سلوكه مذهبا يؤدي إلى نفع عاجل قليل وضرر آجل كبير، ومن هذه الإجراءات ما يلي:١- العمل على سن القوانين التي تحمي أطراف العقود المستمدة من الشريعة الإسلامية، ذلك أن أكثر القوانين في بلاد المسلمين مبنية على أصول غير إسلامية ولذلك نجدها ترسي قواعد للتعاقد معتمدة على إلغاء المخاطرة الأخلاقية بصياغة تعاقدية غير جائزة ، بحصر صيغ التمويل المصرفية بالقروض والعوائد الثابتة المضمونة. ولذلك كان على المسلمين السعي الحثيث إلى سن القوانين التي تحمي الحقوق في عقود المضاربة والمساقاة والمزارعة وأنواع المشاركات ، وذلك بمعاقبة من تثبت خيانته عقابا يكون رادعا لأمثاله ؛ لأنهم خطر يهدد البنية الأخلاقية في المجتمع.٢- إعطاء الأفضلية في التعاقد مع المؤسسات التي تحرص على ضبط حساباتها ودفاترها بإشراف المراجعين ذوي السمعة الحسنة، ذلك أن توفر المعلومات الصحيحة والدقيقة يقلل من المخاطرة الأخلاقية.______________." (٢)

"٢- (لأنه قابل الجملة بالجملة، ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين، وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابلا لكل جزء على الشيوع) (١) .٣- (ولأن قضية اشتمال أحد طرفي العقد على مالين مختلفين أن يوزع ما في الطرف الآخر عليهما باعتبار القيمة والتوزيع فيما نحن فيه يؤدي المفاضل أو عدم تحقيق المماثلة) (٢) ؛ (فالصفقة إذا جمعت شيئين مختلفي القيمة انقسم الثمن عليهما، كما لو

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٧١٩٧/٢

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٧٢٣٠/٢

اشترى شقصا وسيفا بألف قوم السيف والشقص وقسم الألف عليهما على قدر قيمتهما، وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن على قدر قيمته، وأمسك المشتري السيف بحصته من الثمن على قدر قيمته، وإذا قسم الثمن على قدر القيمة أدى إلى الربا؛ لأنه إذا باع دينارا صحيحا قيمته عشرون درهما، ودينارا قراضة قيمته عشرة دنانير، بدينارين، وقسم الثمن عليهما على قدر قيمهما صارت القراضة مبيعة بثلث الدينارين، والصحيح بالثلثين وذلك ربا) (٣) .٤- واستدل بعضهم على المنع بسد الذرائع المؤدية إلى الربا؛ فإن اتخاذ ذلك حيلة على الربا الصريح، كبيع مئة درهم في كيس بمئتين جعلا للمئة في مقابلة الكيس وقد لا يساوي درهما (٤) .واستدلوا علي تجويز البيع إذا كان الذهب في المبيع تابعا لغيره، بما يأتي:١- إذا كان المقصود هو البيع الجائز، وما فيه من مقابلة ربوي بربوي داخل على وجه التبع، فهو جائز كما جاز دخول الثمرة قبل بدو صلاحها في البيع تبعا؛ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع)) (٥) .٢- لأن ما فيه الربا غير مقصود فوجوده كعدمه، ولذلك لا تشترط رؤيته في صحة البيع ، ولا لزومه (٦) .٣-قالوا: إن الحاجة داعية إلى ذلك (٧) .______________(١) فتح القدير، والهداية ٧/١٤٤؛ وانظر: المغني ٦/٩٤؛ أحكام عقد الصرف بين الشريعة والقانون رسالة دكتوراه من جامعة الأزهر للدكتور سالم أحمد محمد سلامة ص٤٦٩.(٢) مغني المحتاج ٢/٨٢؛ نهاية المحتاج٣/٤٤٢(٣) المجموع ١٠/٢٣٣؛ وانظر: المبدع ٤/١٤٤؛ المغني ٦/٩٤(٤) المبدع ٤/١٤٥؛ مجموع الفتاوى ٢٩/ ٤٥٣(٥) صحيح البخاري بشرحه ٥/٤٩(٦) المغني ٦/٩٦(٧) مجموع الفتاوى ٢٩/٤٦٦." (١)

"وتحفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها بما في ذلك الإطعام للحيوان والسقي للنبات.وقد احتاط الفقهاء للوديعة فمنعوا حتى من بعض الأعمال التي يقوم بها الناس بالنسبة لحاجياتهم كحمل الوديعة معه أثناء خروجه من الدار وأمثال ذلك، ولو عين المالك موضعا وجب الاقتصار عليه بل احتاط البعض بعدم تجويز نقلها حتى إلى الموضع الأكثر حفظا.ولا تصح وديعة الطفل ولا المجنون لاعتبار الكمال في **طرفي العقد** إلا مع إذن الولي.وإذا ظهر للمودع أمارة الموت وجب الإشهاد بها.ويجب إعادة الوديعة إلى المودع مع المطالبة في أول أوقات الإمكان.وبالنسبة لموجبات الضمان ذكروا منها التفريط والتعدي بل ربما عبر عنهما بالتقصير وذلك لصدق الخيانة المقابلة للأمانة والائتمان المجعول في النصوص سببا أو عنوانا لعدم الضمان وقد ذكر الفقهاء الكثير من المصاديق لهذا المفهوم.وفي لواحق المسألة تعرض الفقهاء إلى مسائل

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/١٧٤٦٥

منه، مسألة جواز السفر بالوديعة إذا خاف تلفها مع الإقامة، ومسألة عدم براءة الذمة إلا بردها إلى المودع أو وكيله وغير ذلك مما لا نرى مجالا للتعرض له؛ لأنه لا تأثير له في فهم حقيقة الوديعة إلا أنه يجب التعرض لمسألة واحدة وهي ما لو كان البناء منذ الأول على التصرف في الوديعة، وما هو حكم هذه المسألة إذا كان التصرف مهلكا للعين المودعة؟أما بالنسبة للتصرفات غير المتلفة للذات فإنه لو كان ذلك برضا المالك فقد اختلفوا في أنه عارية أو أنها إباحة التصرف لا بعوض.وإن نوى التصرف في الوديعة منذ البدء دونما اتفاق مسبق فقد ذكر الفقيه الكبير النجفي في جواهر الكلام أن صاحب المسالك قال هنا:(أن لو نوى التصرف في الوديعة عند أخذها بحيث أخذها على هذا القصد كانت مضمونة عليه مطلقا؛ لأنه لا يقبضها على وجه الأمانة بل على سبيل الخيانة، وفي تأثير استدامة النية في استدامة الأخذ كما تؤثر في ابتدائه وجهان: من ثبوت اليد في الموضعين مقرونا بالنية الموجب للضمان، ومن أنه لم يحدث فعلا مع قصد الخيانة والشك في مجرد القصد في الضمان).وعلق عليه بوضوح الفرق بين العزم على الانتفاع مع بقاء القبض عن المالك وبينه مع نية كون القبض له ضرورة تحقق الغصب في الثاني دون الأول (١) .أما بالنسبة للتصرف المهلك كما في النقود فإنه لو كان متفقا عليه في العقد تحول العقد إلى عقد قرض؛ لأنه يعني التملك بالضمان وهو حقيقة القرض .ـــــــــــــــ(١) جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ج ٢٧ طبع بيروت ص ١٤١." (١)

"هـ- ضمان رأس مال الصناديق والإصدارات:من أحكام المضاربة –وكذا الوكالة – أن المضارب أو الوكيل لا يضمن ما بيده من الأموال المستثمرة إلا بالتقدير أو التقصير أو مخالفة الشروط التي تقيد بها.فلا يجوز اشتراط ضمان رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمنا بطل شرط الضمان ، واستحق المضارب ربح مضاربة المثل. (١)ويجوز أن يتطوع المضارب بالضمان منفصلا عن عقد المضاربة أي بعد تمام العقد، فلا يبنى دخول المشارك على وجود ذلك الضمان . وبذلك أفتى بعض فقهاء المالكية، (٢) كما يجوز أن يتبرع طرف ثالث بالضمان لرأس المال شريطة أن يكون الطرف الثالث منفصلا في شخصيته مستقلا في ذمته المالية عن **طرفي العقد** وبدون مقابل، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة . بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو العامل في المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٧٩٠١/٢

محل اعتبار في العقد. (٣)و- كيفية حساب نفقات التأسيس ومن يتحملها:إن تأسيس صندوق استثماري، أو إصدار استثماري يحتاج إلى تخطيط وتنظيم وهيكلة تمهيدا لطرح وحداته، وهذه المصروفات تسمى مصروفات أو نفقات التأسيس، وهي تصرف لمرة واحدة، وتشمل نفقات الترخيص والاستشارات ونحوها. وهي من التحضيرات اللازمة لقيام الصندوق أو الإصدار وتظهر آثارها الإيجابية في إنشائهما وعملهما وتؤثر في نفعها على جميع الأطراف؛ لأنها تمكن في النهاية من تحديد كيفية التعاقد وإطاره ومكانه وزمانه وموضوع النشاط وتنظيم العلاقات المختلفة بين الأطراف وبينها وبين الغير.______________(١) المغني ١٩١/٥؛ والمبسوط ٢٠/١٢؛ وتكملة المجموع ٨٣٣/١٤؛ والمدونة ٥٨/٤؛ وقرار رقم ٥ للدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي البند/٤؛ وفتاوى ندوة البركة الأولى رقم ٢، والخامسة رقم ٢.(٢) إعداد المنهج ص ١٦١.(٣) القرار المشار إليه سابقا." (١)

"٥- إذا طلب المورد إعادة تحليل الأصناف المرفوضة أعيد التحليل (أو الفحص) على نفقته، إلا إذا جاءت نتيجته في صالحه، فعندئذ تقع النفقة على الإدارة.٦- تصرف للمورد دفعات على الحساب، لا تتجاوز كل دفعة قيمة الجزء المورد، وذلك بعد تسلم هذا الجزء من الجهة الإدارية أصولا، بموجب مذكرة، استلام أو إدخال في المستودعات، وشهادة فحص أو تحليل تثبت صالحة المواد المسلمة.١ -١٢- العقود الإدارية :١- تعقد الإدارة العامة (الدولة) نوعين من العقود:١- عقودا عادية كعقود الأفراد بعضهم مع بعض، وتخضع للقانون الخاص؛٢- وعقودا إدارية تعطي الإدارة امتيازات خاصة، وتخضع للقانون العام الإداري. (١)وعلى هذا نميز بين عقود الإدارة والعقود الإدارية ، فعقود الإدارة تتضمن عقودا غير إدارية.٢- والعقد الإداري هو العقد الذي تكون الإدارة العامة طرفا فيه، ويتصل بمرفق عام، ويخضع للقانون العام (الإداري)، وتفصل منازعاته في القضاء الإداري.١ -١٣- بعض خصوصيات العقود الإدارية:١- قلنا: إن العقود الإدارية هي التي تكون الإدارة (العامة) طرفا فيها. وفي هذه العقود تقوم الإدارة بوضع شروط التعاقد مقدما دون أن تعطي للمتعاقد فرصة مناقشتها، فهي أشبه بعقود الانضمام أو الإذعان (٢) Contrats d'adhesion، بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة.٢- تعطي هذه العقود امتيازات للإدارة، (٣) غير مألوفة في غيرها من العقود، وظاهرها الخروج على مبدأ المساواة في المنافسة. من هذه الامتيازات:١- الإدارة تلزم المناقص بإيجابه حتى تاريخ البت في المناقصة ، والمعهود في العقود العادية عدم التزام المتعاقد بإيجاب، بل يمكنه الرجوع عنه قبل صدور القبول .______________(١) القانون الخاص هو قانون المصالح

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٨١١١/٢

الخاصة، ويقوم على مبدأ المساواة والتكافؤ بين **طرفي العقد**. والقانون العام هو قانون المصالح العامة، ويقوم على مبدأ السلطة والقهر وفرض إرادة الدولة على الأفراد، دون تعسف. فهو يعمل إذن: "على التوفيق بين ممارسة امتيازات السلطة بقصد تحقيق المصلحة العامة من ناحية، وبين حماية وضمان الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد من ناحية أخرى"، القانون الإداري ص ١٠. والقانون الإداري هو أحد فروع القانون العام.(٢) لفظ "الانضمام" أفضل من لفظ "إذعان" الشائع (أدخله السنهوري، الوسيط ١/٢٢٩)؛ لأن الأول أوسع وأنسب. فالإذعان حالة خاصة من الانضمام، لا تنطبق إلا في حال الاحتكار المترافق بسعر جائر (شروط تعسفية). أما إذا كانت هناك منافسة بين المنشآت، أو كان هناك احتكار مع سعر عادل، فلا يكون هناك إذعان، بل انضمام فشركات التأمين وشركات النقل قد تكون كثيرة متنافسة، وكلها تضع شروطها بدون أن يشترط المتعاقد معها في وضع هذه الشروط ومناقشتها.(٣) انظر أنظمة الإدارة العامة ص ٣٧٤.." (١)

"٥- وعندي أنها جائزة في بعض الأحوال، وغير جائزة في أحوال أخرى، كما سلف في المبحث (٢-١٨).وبعض العلماء المعاصرين لم يجيزوها بإطلاق. (١)٢ -٢٠- وضع الجوائح (الظروف الطارئة):١- "الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها، كالريح والبرد والعطش (...) والسيل". (٢)٢- عقود التوريد والأشغال العامة من العقود الزمنية (المتراخية التنفيذ). وقد يقع في هذه المدة تغير جوهري في الأسعار، أو في انتظام ورود المواد، نتيجة قوة قاهرة غير متوقعة عند التعاقد (حادث طارئ): حرب، زلزال، طوفان، جراد... إلخ، مما يؤدي إلى الإخلال بميزان المعاوضة الذي قام عليه العقد.٣- يجوز اللجوء إلى القضاء لإعادة التوازن إلى **طرفي العقد** ، والخروج من النزاع، بالاستناد إلى مبدأ وضع الجوائح، ورعاية الأعذار الطارئة، بناء على بعض الآراء الفقهية (المالكية والحنابلة). (٣)قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((لو بعت من أخيك ثمرا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟)) رواه مسلم . (٤)إن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح. رواه مسلم . (٥)٤- نظر المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في "الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية "، في الدورة الخامسة ١٤٠٢ هـ، وقرر الأخذ بالظروف الطارئة، وجواز اللجوء إلى القضاء لإعادة تعديل الحقوق والالتزامات، بالنسبة **لطرفي العقد**، أو فسخ العقد والتعويض، بناء على رأي أهل الخبرة. (٦)____________(١) أحكام عقود التأمين لعبد الله بن زيد آل محمود ص ٨٥.(٢)

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/١٨١٥٤

المغني ٢١٦/٤.(٣) المدونة ١٥/٤؛ وبداية المجتهد ١٤١/٢ (الجوائح) و١٧٣/٢ (أحكام الطوارئ من كتاب الإجارات)؛ وإعلام الموقعين ٣٣٧/٢؛ والمغني ٢١٦/٤؛ ومصادر الحق ٢٠/٦ (نظرية الحوادث الطارئة)؛ و١٠٣/٦ (الجوائح)؛ و١٧٧/٦ (القوة القاهرة، الآفة السماوية)؛ ونظرية الظروف الطارئة للترمانيني ص ٦٠.(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ٢١٦/١٠.(٥) صحيح مسلم بشرح النووي ٢١٦/١٠.(٦) قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، ص ٩٩.." (١)

"٢- ويحق للقاضي أيضا أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيرا بهذا الإمهال.هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقا للعدل الواجب بين **طرفي العقد** ، ومنعا تتضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لا يد له فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها والله ولي التوفيق.وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه.[توقيع] [اعتذر لمرضه] ؛ نائب الرئيس رئيس مجلس المجمع الفقهي ؛ محمد علي الحركان عبد الله بن حميد ؛ الأعضاء   ؛ [توقيع] [توقيع] [توقيع]عبد العزيز بن عبد الله بن باز محمد محمود الصواف صالح بن عثيمين[توقيع] [تخلف عن الحضور] [توقيع]محمد بن عبد الله بن السبيل مبروك العوادي محمد الشاذلي النيفر[توقيع] [توقيع] [توقيع]مصطفى أحمد الزرقاء عبد القدوس الهاشمي محمد رشدي[تخلف عن الحضور] [توقيع] [تخلف عن الحضور]أبو الحسن علي الحسني الندوي أبو بكر محمود جومي حسنين محمد مخلوف[توقيع] [تخلف عن الحضور] [توقيع]محمد رشيد قباني محمود شيت خطاب محمد سالم عدود ؛ مقرر المجمع الفقهي الإسلامي   ؛ محمد عبد الرحيم الخالد ؛_____________." (٢)

"٢- ويحق للقاضي أيضا أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيرا بهذا الإهمال.هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقا للعدل الواجب بين **طرفي العقد** ، ومنعا للضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لا يد له فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها، والله ولي التوفيق وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه.[توقيع] [اعتذر لمرضه] ؛ نائب الرئيس

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٨١٧٢/٢

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٨٢٤٨/٢

رئيس مجلس المجمع الفقهي ؛ محمد علي الحركان عبد الله بن حميد ؛ الأعضاء   ؛ [توقيع] [توقيع] [توقيع]عبد العزيز بن عبد الله بن باز محمد محمود الصواف صالح بن عثيمين[توقيع] [تخلف عن الحضور] [توقيع]محمد بن عبد الله بن السبيل مبروك العوادي محمد الشاذلي النيفر[توقيع] [توقيع] [توقيع]مصطفى أحمد الزرقاء عبد القدوس الهاشمي محمد رشيدي[تخلف عن الحضور] [توقيع] [تخلف عن الحضور]أبو الحسن علي الحسني الندوي أبو بكر محمود جومي حسنين محمد مخلوف[توقيع] [تخلف عن الحضور] [توقيع]محمد رشيد قباني محمود شيت خطاب محمد سالم عدود ؛ مقرر المجمع الفقهي الإسلامي   ؛ محمد عبد الرحيم الخالي ؛[مقرر المجمع الفقهي الإسلامي]محمد عبد الرحيم الخالد_____________." (١)

"فيتضح من ذلك أن الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة لا تأثير لها في العقود لأنها من طبيعة التجارة، وتقلباتها التي لا تنفك عنها ولكنها إذا جاوزت المعتاد المألوف كثيرا بمثل تلك الأسباب الطارئة الآنفة الذكر توجب عندئذ تدبيرا استثنائيا.ويقول ابن القيم – رحمه الله – في كتابه (إعلام الموقعين): "إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه بالعدل الذي قامت به السماوات والأرض وكل أمر خرج من العدل إلى الجور، ومن المصلحة إلى عكسها فليس من شرع الله في شيء، وحيثما ظهرت دلائل العدل وسفر وجهه فثم شرع الله وأمره" وقصر العاقدين إنما تكشف عنه وتحدده ظروف العقد وهذا القصر لا يمكن تجاهله والأخذ بحرفية هذا العقد مهما كانت النتائج، فمن القواعد المقررة في فقه الشريعة، أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.ولا يخفى أن طريق التدخل في مثل تلك الأحوال المعروضة آنفا في العقود المتراخية التنفيذ لأجل إيجاد الحل العادل الذي يزيل الجور إنما هو من اختصاص القضاء، ففي ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة التي تنير طريق الحل الفقهي السديد في هذه القضية المستجدة الأهمية يقرر الفقه الإسلامي ما يلي:أ- في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلا غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييرا كبيرا بأسباب طارئة عما لم تكن متوقعة حين التعاقد فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع وبناء على الطلب، تعديل الحقوق والالتزامات العقدية ، بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٨٣١٨/٢

لم يتم تنفيذه منه إذا رأى فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ يجبر له جانبا معقولا من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعا أهل الخبرة الثقات.ب- ويحق للقاضي أيضا أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيرا بهذا الإمهال.هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقا للعدل الواجب بين **طرفي العقد** ، ومنعا للضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لا يد له فيه، وإن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها، والله ولي التوفيق، (١) وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه.وهكذا يقرر هذا المجمع الموقر مبدأ التعويض للمتضرر صاحب الحق الآجل بسبب الجوائح، وإن تدهور قيمة الورق النقدي إلى ما دون منصف قيمته وقت العقد، ليس هذا من تقصير صاحب الحق حتى يتحمل الخسارة، إنما هو من الجوائح أو الظروف الطارئة القاهرة، فالعدل يقتضي أن يستوفى من الطرف الآخر للعقد الرابح من انخفاض العملة وارتفاع الأسعار ما يعادل الحق الثابت وقت العقد، هذا إذا كان تدهور قيمة العملة كثيرا فاحشا كما سبق ضبطه بالنصف؛ وإلا فلا، لأن التجارات لا تخلو من مخاطرات وما دون النصف يسير.______________(١) قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي من الدورة الأولى ١٣٩٨هـ حتى الدورة الثامنة ١٤٠٥هـ ص/٩٩ - ١٠٤." (١)

"وبمعنى آخر، فإن منع السلطان للتعامل بالنقد، مع وجوده عند الصيارفة، وفي البيوت، يؤدي إلى رخص أو غلاء العملة، وليس إلى انعدام الثمن، ومع ذلك فلنلاحظ أن الأحناف، قد فرقوا في الفتوى بين هذا النوع من الرخص أو الغلاء، باعتباره انقطاعا تجري فيه أحكام الكساد ، وبين نوع آخر من الرخص والغلاء توجد فيه العملة عند الصيارفة، وفي البيوت، وفي الأسواق أيضا! ولا أجد ما يبرر مثل هذا التمييز، فيما اطلعت عليه من أقوالهم، إلا أن يقال: سببه هو تدخل السلطان بالمنع، وهو مما يناقض قولهم بأن تدخله بالإرخاص لا يوجب إلا المثل، كما سنرى في الصورة السابعة.ولعل الصورة الرابعة هذه، هي التي كانت في أذهان الشافعية وجمهور المالكية، الذين يصرون على وجوب المثل — لا القيمة – عند انقطاع الفلوس والدراهم المغشوشة (١) .٥- الصورة الخامسة:منع السلطان التعامل بالنقد، مع عدم وجوده مطلقا، لا في البلدان الأخرى، ولا عند الصيارفة، ولا في البيوت.ويحصل هذا عندما توجد عدة أنواع من النقود،

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٨٤١٣/٢

في بلد، ولا توجد في غيره، فيبطل السلطان واحدا منها.ومن الواضح أن هذه الصورة ينعدم فيها الثمن، فلا يوجد في مكان، ولا ينشأ للنقد الممنوع سعر في السوق ، أي سوق، وبالتالي، فلا مناص من العدول عن القول بسداد المثل إلى أي قول آخر، يتسم بأي نوع من الإمكان والواقعية. ولعل هذه الصورة، هي التي استدعت قول أبي حنيفة ببطلان البيع، وضرورة رد المبيع لعدم الثمن، وفي القرض باستحقاق المثل فقط (٢) ولا شك أن استحقاق المثل في القرض – في هذه الصورة - غير عادل البتة (٣) لأن النقد الذي قبض عند القرض كانت له قيمة، وكان ينتفع به، أما بعد أمر السلطان، فلم تعد له أية قيمة في أي مكان، وصار لا ينتفع به بالكلية، ولابد من معالجة هذا الوضع، بنظر فقهي جديد، لعدم العدل الظاهر فيه، وإذا كان لابن عابدين رأي في الصورة السابعة – وهي تخفيض القيمة، بأمر سلطاني -كما سنشير إليه بعد قليل – وهو رأي يقوم على العدل، وعدم تحميل واحد من طرفي العقد كل الضرر الحاصل نتيجة لظروف خارجة عن إرادتهما، وتوقعاتهما، فإنه من باب أولى أن يقال هنا بقول ينصف المقرض، وهو محسن، ﴿ ما على المحسنين من سبيل ﴾ [التوبة: ٩١].____________(١) ولنلاحظ هنا التشابه الكبير بين الصورة الرابعة والصورة الثامنة، التي تختلف عن الرابعة فقط بترك الناس للعملة. وزهدهم بها، من أنفسهم، دون أمر من السلطان(٢) تنبيه الرقود ص٦٠(٣) وينبغي أن نلاحظ هنا أن القول الفقهي برد المثل في هذه الصورة جاء وقت كانت فيه النقود كلها معدنية بما فيها الفلوس والدراهم المغشوشة، وللمعدن ثمن في أي وقت، والتعامل في الأسواق يقرب دائما بين قيمة السلعة في النقد وقيمته الاصطلاحية، لذلك فالمثل، ضمن هذه المعطيات، يمكن أن يكون قريبا من العدل حتى ولو بطل الاستعمال النقدي للمعدن." (١)

"العقود المستجدةضوابطها ونماذج منهاإعداد. محمد بن علي القريمركز أبحاث الاقتصاد الاسلاميجامعة الملك عبد العزيز- جدةبسم الله الرحمن الرحيمالحمد لله الهادي إلى سواء السبيل ، والصلاة والسلام على نبي الرحمة محمد بن عبد الله ، وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين .١ – مقدمة :لا تزال حياة الناس تتبدل وتتغير ، وظروف عيشهم تتنوع وتختلف ،وتنوع حاجتهم إلى أنواع متجددة من المعاملات قائم على الدوام ، وشريعة الإسلام صالحة لكل مكان وزمان ، ولأن الدين عند الله الإسلام ، ورسالة محمد عليه الصلاة والسلام ، هي للبشر كافة ، جاءت هذه الشريعة مجهزة بقدرات فريدة على الوفاء بحاجات الناس المتجددة ، ولذلك فاقت نظرية العقد في الشريعة الإسلامية كل نظرية عرفها الإنسان ، مما أهلها – بحمد الله – لأن تكون أساسا صالحا على الدوام لتحقيق العدل بين المتعاقدين

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٨٤٦٧/٢

واستقرار المعاملات في المجتمع ، وأول معالم ذلك موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ سلطان الإرادة العقدية .لم يكن مبدأ سلطان الإرادة العقدية معترفا به في القانون الروماني ولا في غيره من الشرائع البائدة ، إذ كان لابد لكل عمل قانوني من إجراءات ومراسم وألفاظ تتم طبقا لأوضاع معينة ، ومتى تمت وجد العمل القانوني ثم ترتبت عليه آثار يحددها القانون ، أما الإرادة المجردة فليست في ذاتها كافية لتكوين العمل القانوني ، وليس دور ، حتى لو اقترنت بالإجراءات المقننة ،في تحديد آثار ذلك التصرف ، ولذلك سارت القوانين القديمة على أن الأعمال التعاقدية شكلية في تكوينها محددة في آثارها ، فلم يعترفالقانون الروماني إلا بالعقود المسماة التي خصصها ذلك القانون بأسماء معينة ، وتولى تنظيمها وتحديد الآثار المترتبة عليها .وفي الجهة المقابلة فقد غالت القوانين الوضعية المعاصرة ، متأثرة بالمذهب الفردي ، في إطلاق سلطان الإرادة ، فقررت أن إرادة الإنسان هي التي تلزمه وهي التي تحدد مدى التزامه ، وأن تدخل القانون في حرية الإرادة يجب أن يكون عند الحد الأدنى ، كما أن كافة الحقوق والالتزامات إنما تستند في الأصل إلى سلطان الإرادة ، فأضحى للفرد حرية التعاقد فيلتزم بما يبرم من عقود أو يمتنع عن إبرام عقد معين ، والأهم من ذلك أن **لطرفي العقد** حرية تحديد الآثار القانونية التي تترتب على تعاقدهما وشروط ذلك التعاقد ، فيجوز لهما أن يتفقا على أحكام تغاير نصوص القانون (غير الآمرة) ، فلا يحدث اتفاقهما عندئذ إلا الآثار التي اتجهت إليها إرادتهما ، فالعقد عندهم شريعة المتعاقدين ، ومجرد اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني كافي لإحداث ذلك الأثر .______________." (١)

"إن المؤسستين الماليتين الأكثر أهمية في حياة الناس المعاصرة ، وهي :البنوك وشركات التأمين هما (هبة) قانون الأعداد الكبيرة ، فلقد أصبح ممكنا بعد اكتشاف الإمكانيات التي يتيحها هذا القانون تصميم مؤسسة الوساطة المالية بطريقة مكنتها من أن تقوم بجمع مدخرات الأفراد وتقف أمامهم مستعدة – على الدوام – لردها إليهم بمجرد الطلب أو في وقت قصير جدا ، حتى يكاد يبدو أن نقودهم محفوظة لديها في صناديق ، ولكنها في نفس الوقت تستخدم نفس تلك المدخرات لتمويل عمليات متوسطة وطويلة الأجل كالتجارة والصناعة والإنشاءات العمرانية... إلخ .لقد أصبح ذلك ممكنا لإعمال قانون الأعداد الكبيرة على المدخرين ،لأنهم يعدون بالآلاف ، فأصبح ممكنا أن نعرف ، بشكل شبه يقيني ، كم منهم سوف يسحب نقوده ، وكم منهم سيبقيها ، ولأي مدة ، فإذا عرفنا مثلا أن ثلثي هذه المدخرات سيبقى في المصرف لمدة تزيد عن سنتين ، أمكننا الدخول في عقود تمويلية مدتها سنتين بتلك المبالغ... وهكذا ،

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٠٥٦

وكذا في عمل شركات التأمين ، فإن فكرة التأمين بكافة صورها وأنماطها سواء منها ما كان تجاريا أو تعاونيا إنما هي معتمدة على قانون الأعداد الكبيرة ، إذ أمكن من خلال الإمكانيات التي يوفرها هذا القانون توقع ما سوف يقع في المستقبل؛ أضرار من نوع من الحوادث ، ثم معرفة حجم الأموال الذي سنحتاج إليه لتعويض المتضررين من ذلك النوع من الحوادث مثل حوادث السيارات ، ثم بناء على ذلك تحديد رسوم الاشتراك بطريقة تغطي تلك التعويضات وتكاليف إدارة المشروع التأميني .إن ما يهمنا في هذه المسألة هو أن ظهور هاتين المؤسستين بنشاطهما المعتمد على فكرة قانون الأعداد الكبيرة اقتضى ترتيبات تعاقدية جديدة لم تكن معروفة من قبل ، وولد أنواعا من الالتزامات والحقوق ليس لها سوابق تقاس عليها ، فلم يكن ممكنا ممارستها لأنشطتها إلا بعقود جديدة بعضها مستجد وبعضها مركب .فمثلا قام نشاط شركة التأمين على نوع عقد معاوضة ، إذا نظر إليه من منظار العلاقة الفردية بين المستأمن وشركة التأمين فإن فيه غررا فاحشا لا يشبهه إلا عقود الحظ والقمار ، لكنه على خلاف الأخيرة يحقق منافع واضحة وفوائد محببة إلى النفوس **لطرفي العقد** ، بحيث لا يشعر أي منهما بالغبن كما هو الحال بالعقود ذات الغرر الفاحش ، وإذا نظر إليه من منظور قانون الأعداد الكبيرة وجد أنه أبعد ما يكون عن الخطر والقمار ، ولا يكاد يوجد فيه الغرر ، وكذلك الحال في البنوك فقد قام جمعها للمدخرات في الودائع الجارية المعتمدة على عقد القرض (في البنوك الربوية والإسلامية) ولكنه قرض ذو طبيعة مختلفة ، فظاهر أن غرضه ليس الإرفاق ولا القربة ولا تتجه إرادة طرفيه إلى ذلك أبدا ، وهو قرض يجر منافع واضحة للدائن فيه على صفة معاملات متميزة ودفتر شيكات... إلخ ، فهذا بلا شك وإن كان ينطبق عليه تعريف القرض إلا أن له جوانب مستجدة ليس لها أصل تقاس عليه ، ومرد هذا الاختلاف هو قانون الأعداد الكبيرة ، وغير ذلك كثير ._______________". (١)

"وقد تختلف أسماء الشركات بين المذاهب ، وقد تتباين بعض أحكامها وأقسامها ، ولكن صيغتها الأصلية مجمع على جوازها ، والشركة عقد ولذلك لزم لصحتها ما يشترط لصحة العقود ويضاف إليها مسائل لها خصوصية في عقد الشركة ، مثل اشتراط أن تكون الخسارة بقدر حصة كل من الشركاء في المال ، وأجاز بعض الفقهاء التفاوت في الربح إذا كان لبعض الشركاء تميز أو أثر يفيد الشركة ، وأن يكون رأسمالها نقودا أو مقوما بالنقود ، والمشاركة التي تجريها البنوك تشبه عقد الشركة في أن رأس المال الذي يتولد منه الربح يكون مملوكا **لطرفي العقد** (أو أطرافه) أي البنك والعميل ، وتستخدم بعض القوانين الوضعية

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٠٥٦٦

لفظ المشاركة ليشير إلى أنواع الشركة التي لا تنشئ عملا ذا شخصية اعتبارية ، إذ أنه يكون مؤقتا لمدة معينة فهي أشبه بالصفقات التجارية ، وقد جرى إدخال عدد من الشروط في هذا العقد لكي يتناسب مع عمل البنوك ، وطبيعة النشاط الاستثماري المعاصر والضوابط المحاسبية والقيود على العمل المصرفي التي تفرضها الأنظمة الحكومية والدولية .ولعقد المشاركة المذكور أشكال ، بعضها يكون مماثلا لعقد شركة العنان المعروف ، لا حاجة لنا في الحديث عنه هنا ، وبعضها لا يكاد يحمل من صيغة الشركة إلا جانب الاشتراك في رأس المال أو في الربح ، ولذلك فإنه يعد من العقود المستجدة ، وأحيانا من العقود المركبة ، وسوف نعرض في هذه الورقة لبعض أشكال هذا النوع من المشاركة ، وأهم صوره .____________." (١)

"الطرف القوي في اتفاقيات البطاقة :الطرف القوي في جميع هذه الاتفاقيات هو مصدر البطاقة ، وهو ما لا تتم الاتفاقيات إلا به ، فهو الذي يمسك بجميع الأطراف ، وهو الذي يحقق لهم من الفوائد ما لا يمكن تحقيقه بدون اشتراكه مع كافة الأطراف بصورة قانونية مستقلة في كل اتفاقية وعقد .أثار هذا الوضع جدلا في المؤسسات القانونية ، حيث أن العقد بهذا الأسلوب لا يخلو من عنصر الإكراه ، فمن ثم جرى النقاش حول صحته والاعتداد به .يقول لورد بلوك : " هذا العقد جديد بالمقارنة إلى غيره ، وهو نتيجة التركيز على نوع معين من الأعمال في أيد قليلة .إن هذه الصيغة العامة في العقد لم تكن محل مناقشة بين أطراف العقد ، أو موافقة جمعية تمثل مصلحة الطرف الضعيف ، بل فرضت من قبل الطرف الذي يملك زمام القوة فيه ، وهو يمارسها وحده ، أو بالانضمام مع آخرين يقدمون نفس السلع ، أو الخدمات .هذا هو الذي جرأهم أن يقولوا للعميل : إما أن تقبل هذه البضاعة ، أو الخدمات كما هي ، وألا فاتركها . هذا الموقف المتخذ من أحد طرفي العقد نحو رغبة الطرف الآخر الضعيف يعيد للذاكرة المساومة القديمة القوية .هذه الحالة ستجعل المحكمة مستعدة لأن تحكم بأن أي شرط يقيد إرادة الطرف الضعيف في العقد وعدم استمرار نشاطه التجاري ؛ بالبطلان وعدم المعقولية... " (١)____________(١) -Al .Melhem A. Ahmed, P. 369" (٢)

"حامل البطاقة علاقته الفقهية القانونية بمصدر البطاقة تختلف عن علاقته مع التاجر ، ومسؤولياته متنوعة ومتعددة .علاقة التاجر لها وضع شرعي قانوني مع حامل البطاقة ، وعلاقة شرعية قانونية مع مصدر

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٠٥٨٣

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٠٦٢٣

البطاقة مختلفتان ومتباينتان .يتعدد التكييف الشرعي للطرف الواحد مع طرف معين في العقد لأكثر من علاقة شرعية واحدة باعتبارات مختلفة ، ولكل واحد من هذا التكييف وتلك العلاقة آثاره الشرعية المختصة به دون تداخل أو تضارب .هذا التعدد في التكييف الفقهي للطرف الواحد في العقد الواحد من حيث اختلاف الجهة وانفكاكها أمر مسلم في الفقه الإسلامي ، بل من بدهياته ، يقرر هذا الإمام أبو عبد الله محمد بن أحمد المقري في القاعدة (٣٠٦) : " قاعدة : أصل مالك اعتبار جهتي الواحد فيقدر اثنين . فلذلك يتولى طرفي العقد في النكاح والبيع ، ويرث الأب مع البنت بالفرض والتعصيب ، ويشفع من نفسه... وعلى هذا القياس : يؤخذ من الشخص الواحد باعتبار غناه ، ويرد عليه باعتبار فقره ، أو يترك له ، ويقدر الأخذ والرد كالمقاصة... " . (١)بهذه الدراسة التحليلية يمكن التوصل إلى النتيجة ، أو النتائج المطلوبة إن شاء الله .يتناول البحث فيما يلي تكييف هذه العقود تكييفا شرعيا ، ثم بيان علاقة أطرافه ببعضهم في كل اتفاقية بصورة مستقلة .سبق في الدراسة القانونية تقسيم بطاقات المعاملات المالية إلى قسمين ، بطاقات إقراض ، وبطاقات غير إقراض ، تقتصر الدراسة هنا على بطاقات الإقراض الثلاثة :١- بطاقة الإقراض بزيادة ربوية والتسديد على أقساط (Credit Card) ٢ – بطاقة الإقراض المؤقت الخالي من الزيادة (Charge Card) ٣. – بطاقة شراء التجزئة أو الداخلية (Retailar Card) .__________(١) القواعد ، الطبعة الأولى ، تحقيق ودراسة أحمد بن عبد الله بن حميد (مكة المكرمة : معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي ، جامعة أم القرى) ، ج ٢ ، ص ٥٣٨؛انظر بعض النصوص الفقهية في هذا الموضوع ، ص ٦٥٤ – ٦٥٥ من هذا البحث." (١)

"بإتمام طرفي العقد الإجراءات المطلوبة للسندات الموقعة من قبل حامل البطاقة تنتهي العلاقة بينهما ، وتنتقل مسؤولية المطالبة بالثمن إلى البنك مصدر البطاقة الذي ضمن للتاجر تسديد مبيعاته ، أو أجور خدماته . من المهمات الأولية أن تحدد العلاقة الشرعية لمصدر البطاقة فيما يتصل بدفع قيمة مشتريات حامل البطاقة واستخدامه للبطاقة في معاملاته المالية .يقوم نظام البطاقات الإقراضية على أساس التزام البنك مصدر البطاقة بتسديد قيمة مشتريات حامل البطاقة مباشرة للمؤسسات والمحلات التجارية ، التي جرى استخدامه للبطاقة في الحصول على حاجياته مما يتوافر لديها ، إذا تم هذا في حدود المبلغ المخصص لحامل البطاقة ، وتوافرت كافة الشروط المطلوبة في سندات البيع ، وتقديمها في الصورة والوقت المقررين .هذا ما تنص عليه الاتفاقية بين البنك مصدر البطاقة والراغب في الحصول عليها في المادة الأولى ."

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٠٦٧٩

يلتزم المصدر للبطاقة بقبول سندات مشتريات حامل البطاقة ، وأجور خدماته ، وسحبه النقدي " . (١)__________(١) انظر : (مواد الاتفاقية بين مصدر البطاقة وحاملها) من هذا البحث ، ص ٦١٦." (١)

"المذهب المالكي :ورد النص بالصحة في مختصر سيدي خليل رحمه الله تعالى بقوله : " صحت الوكالة في قابل النيابة من عقد وفسخ ، وقبض حق ، وعقوبة وحوالة ، وإبراء ، وإن جهله الثلاثة (الموكل والوكيل ، ومن عليه الحق) " . (١) ولم يرد نص على تقييد صحة الوكالة أو تعليقها بخلو الوكيل من عقد الضمان فيما توصلت إليه في البحث على قدر ما أحاط به العلم .في المذهبين الشافعي والحنبلي :يصح أن يتولى شخص واحد في العقد طرفي العقد ، كأن يكونوكيلا عن الدائن يستلم له حقوقه من المدين ، ووكيلا عن المدين في دفع ما توجب عليه في ذمته للدائن .بمعنى أن مصدر البطاقة في عقد البطاقة يكون وكيلا للتاجر في استلام حقوقه من مدينه حامل البطاقة ، كما أن مصدر البطاقة يكون وكيلا لحامل البطاقة المدين في دفع ما عليه في ذمته للتاجر ، وهو ما يجري به العمل في البنوك المصدرة للبطاقات في الاتفاقية مع حامل البطاقة واتفاقية التاجر .ورد النص بهذه القاعدة عند الشافعية في العبارة التالية : " (ويصح التوكيل (في طرفي بيع وهبة ورهن ، ونكاح ، وطلاق ، وسائر العقود والفسوخ كالصلح ، والحوالة ، والضمان ، ، والشركة ، والإجارة ، والفسخ ، بخيار المجلس ، والإقالة ، والرد بالعيب ،) وقبض الديون ، وإقباضها والدعوى والجواب " . (٢)كما ينص المذهب الحنبلي على العقود التي تجوز فيها الوكالة في العبارة التالية :" (ويصح التوكيل (في طلاق ، ورجعة ، وحوالة ، ورهن ، وضمان ، وكفالة ، وشركة ، ووديعة ، ومضاربة ، ومساقاة) ومزارعة (من إجارة ، وقرض ، وصلح ، وهبة ، وصدقة ، ووصية ، وكتابة ، وتدبير ، وإيقاف ، وقسمة ، وحكومة " . (٣)وينص المذهب صراحة على صحة تولي طرفي العقد وكالة في عقد البيع لشخص واحد يقاس عليه بقية العقود التي تجوز فيها الوكالة ، ومنها القرض إيفاء واستيفاء . ولا يصح بيع وكيل لنفسه ، ولا شراؤه منها لموكله ، ولو زاد على مبلغ ثمنه في النداء ، أو وكل من يبيع ، وكان هوأحد المشترين إلا بإذنه . فيصح تولي طرفي العقد فيهما) أي في البيع والشراء لانتفاء التهمة ومثله نكاح . . . ودعوى " (٤)اتضح من كل ما سبق أنه لا اعتراض فقها حسب رأي الجمهور أن يكون مصدر البطاقة وكيلا في الدفع والقبض عن حامل البطاقة والتاجر في آن واحد ، وضامنا أيضا .* * *__________(١) شرح المواق بهامش الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٥ ، ص ١٨١(٢) المحلي

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/ ٢٠٧١٠

، جلال الدين محمد بن أحمد ، شرح منهاج الطالبين مع الحاشيتين ، ج ٢ ، ص ٣٣٨(٣) البهوتي ، كشاف القناع ، ج ٣ ، ص ٤٦٤(٤) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج ٢ ، ص ٤٧٣؛ انظر القاعدة الفقهية في هذا الموضوع ، ص ٦٩٧ من هذا البحث .." (١)

"هذا طبعا بالنسبة لتكييف العلاقة بين البنك المصدر وحامل البطاقة ، بالإضافة إلى التكييفات الأخرى التي سنلمحها وهي الكفالة من حيث استمرار بنك التاجر بالأداء للتاجر دون ربط بالرجوع على المحيل ، فالتاجر يتلقى هذه المطالبة ويلتزم بدفعها سواء كان هناك التزام من العميل حامل البطاقة أو لا ، وهناك أيضا الوكالة من حيث قيام بنك التاجر وكيلا عن التاجر بإتمام عملية التحصيل من المحال عليه الذي هو البنك المصدر ، وهناك القرض في حالة انكشاف رصيد حامل البطاقة .الرسوم التي تؤخذ عن بطاقة الائتمان أمرها هين ، لأنها أجر عن خدمات ، وتكييفها الشرعي هو الوكالة ، والوكالة كما تكون مجانا من باب المعروف والتعاون تكون بأجر ، فتنضوي وتطبق عليها أحكام الإجارة . تقاضي عمولة من التاجر الذي يقبل التعامل بالبطاقة أيضا مقابل خدمات يقدمها البنك المصدر للتاجر في منح البطاقة وقبول الدفع بها وتوفير العملاء وتحصيل المستحقات بالوكالة عن التاجر ، ولا مانع من اقتسام هذه العمولة بين البنك المصدر وبنك التاجر ، لاشتراكهما في تقديم الخدمات المشار إليها ، ولا مانع أيضا من تقديم ضمانات للحصول على بطاقات الائتمان ، لأنها سيترتب عليها مداينة ، والضمانات هي عقود تبعية لتوثيق المديونية والشروط التي توثق العقود مأذون بها ومطلوبة كالكتابة والرهن والكفالة وحبس الرصيد على سبيل توفير إمكانية المقاصة مباشرة دون مطالبة ومتابعة لاستخدام بطاقة الائتمان في السحب النقدي لقاء عمولة أيضا ، هذا فيه عنصر توصيل المال إذا كان لحامل البطاقة رصيد لدى البنك ، أو لم يكن له رصيد ووافق البنك على تقديم تسهيلات بدون فائدة ، فإن في ذلك توصيلا للمال إليه ، فلا يمنع أخذ عمولة على هذا العمل ؛ لأنه أيضا من باب الأجر على الوكالة توكيلا بين حامل البطاقة وبين البنك المصدر بسبب اختلاف العملات ؛ لأن البطاقة عالمية فيشترى بها بعملات مختلفة ، وقد تكون عملة حسابه عملة أخرى ، فيكون هناك توكيل بالمصارفة . وقد فصل الدكتور في بحثه هذا وبين أن هناك توكيلا بالصرف بالسعر السائد ، وأن هناك توليا **لطرفي العقد** ، وأشار إلى المذاهب التي أذنت بذلك ، أما إذا كانت العملة متحدة فكما أشرت إن العلاقة علاقة مقاصة .______________." (٢)

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٠٧٢٥

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٠٧٦٨

"عقود الصيانةوتكييفها الشرعيإعدادالشيخ محمد المختار السلاميمفتي الجمهورية التونسيةبسم الله الرحمن الرحيمعقود الصيانة وتكييفها الشرعيإن هذا البحث الذي أحالته على الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي قدم بورقة للاستئناس بها، ومما جاء فيها أن الموضوع جاء بصيغة الجمع – عقود –.وفسرت الورقة ملاحظة للواقع، أن عقود الصيانة أنواع متميزة وتنوعها ليس تابعا لتعدد هذه العقود في الخارج مع اتحادها في الصورة الأصلية المعبرة عن العلاقة بين طرفي العقد وموضوعه. ولكنه اختلاف ناشئ من اختلاف الصورة الأصلية مما يجعل عقد الصيانة جنسا يشمل أنواعا. وقد ألمحت الورقة في التحليل إلى هذا المفهوم. وبناء على ذلك فإن بحثي سيتبع الخطوات التالية:١.تعريف جنس عقد الصيانة.٢.بيان الحاجة إليه حاجة عامة ضرورية .٣.أنواع عقد الصيانة.٤.الصيانة التي يلتزم بها البائع وتكييفها.٥.الصيانة التي يتعاقد عليها صاحب المؤسسة والصائن.٦.تكييف عقد الصيانة فقها.٧.أركان عقد الصيانة.٨. واجبات الصائن .٩.الربط بين تحديد الزمن وتحديد العمل في عقود الصيانة .١٠. التزام الصائن بشراء قطع الغيار نيابة عن المؤسسة .١١.واجبات المؤسسة.١٢.تعجيل الأجر وتأخيره.١٣. ضمان الصائن .١٤.القرار المقترح.________________." (١)

"وبمعنى آخر، فإن عقد الصيانة له طبيعة تأمينية، تتميز بأنها تحول كلفة احتمالية كبيرة إلى كلفة محددة معلومة بالنسبة للمستفيد من الصيانة، كما تعتمد على قانون الأعداد الكبيرة ونظرية الاحتمالات بالنسبة ل متعهد الصيانة سواء أكان تطبيق هذا القانون من خلال عدد كبير من العقود أم مبلغ كبير لعقد واحد. وهو يختلف في كل ذلك عن عقد الإصلاح البسيط الذي يقوم على العلم واليقين الكاملين لالتزامات وواجبات طرفي العقد بما يتضمنه من مقدار عمل، وأجرته، ومواد، وقطع غيار، وثمنها.وبخاصيته التأمينية هذه يمكن القول إن عقد الصيانة عقد جديد تطور من عقود الإصلاح البسيطة، وصار يلعب دورا مهما في الحياة المعاصرة مع اتساع دور الآلات الثابتة والمتحركة في حياة الإنسان ، ومع التطورات الكبيرة في فن البناء وما يلزمه من آلات وأجهزة، وبما يقوم عليه من تقنية معقدة تقتضي استمرار المحافظة على تشغيلها وعملها المستمر.وفي مقابل وجوه التشابه هذه، فإن عقد التأمين يكون موضوعه في العادة التعويض المالي عما يطرأ من ضرر أو تلف، في حين أن عقد الصيانة موضوعه إصلاح ما يطرأ من عطل. ففي عقد التأمين يدفع المستأمن قسط التأمين مالا ويحصل المستأمن المتضرر أو المستفيد من التأمين على مبلغ التأمين مالا أيضا. أما في عقد الصيانة فالمبادلة فيه بين مال من جهة وعمل وسلع أو عمل وحدة من جهة

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢١٣٧٦

أخرى.ثانيا – عقود مشابهة لعقد الصيانة:هنالك عدد من العقود تعرفها الحياة المعاصرة لها شبه كبير بعقود الصيانة نذكر أهمها فيما يلي لما لذلك من تأثير على فهم طبيعة عقود الصيانة، ودورها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة.أ. عقد النظافة:وهو عقد على تقديم عمل ومواد نظافة واستعمال آلات وأدوات معينة وهو يتضمن جهالة جزئية بسبب عدم معرفة مقدار العمل المطلوب و لا كمية المواد اللازمة عند التعاقد، رأن كل ذلك يتأثر بظروف، بعضها متوقع، وبعضها غير متوقع، مما يتأثر بالجو والطقس ونوعية المستعملين لما يراد تنظيفه وعاداتهم المتعلقة بالنظافة وموادها.______________" (١)

"ثالثا – الأشكال التعاقدية للصيانة:يتخذ التعاقد على الصيانة واحدا من أربعة أشكال هي:١. شرط الصيانة في عقد البيع .٢. عقد الصيانة بين الصائن والمالك أو المشغل للآلة.٣. عقد التعهد بالصيانة بين متعهد الصيانة والمالك (المشغل) مع عقد للصيانة من الباطن بين المتعهد والصائن.٤. عقد تأمين الصيانة بين المالك (المشغل) وشركة تأمين (ولنفرض أنها تعاونية تقوم على مبدأ التبرع بالقسط والتعاون بين المستأمنين، ولا توزع ربحا للمالكين، ولا للمدراء؛ حتى لا ندخل بمناقشة خارجة عن موضوع بحثنا).١. شرط الصيانة في عقد البيع :مع تطور الفن الصناعي وتعقد الآلات والأجهزة ظهرت مصالح جديدة **لطرفي العقد** في بيوع الآلات والأجهزة. أهم هذه المصالح ما يلي:١.مصلحة **طرفي العقد** (والمصلحة العامة أيضا) في استقرار العقود والتقليل من حالات الرجوع فيها بالرد بالعيب . تتأكد هذه المصلحة مع قناعة كل من البائع (الصانع) والمشتري بأنه يمكن أن تقع هفوات صغيرة، أو كبيرة، فيما يصنع ويباع. فرغم حرص المصانع على فحص وتدقيق منتجاتها قبل إخراجها إلى السوق ، لابد من ظهور عيوب أو أخطاء صنعية في المنتجات الصناعية لدى المشتري، مما يمكن تدارك معظمه بالإصلاح من خلال تقديم صيانة فنية مناسبة، وبخاصة في المنتجات الصناعية المعمرة كالآلات الثابتة والمتحركة والمباني.٢. مصلحة الصانع (البائع) في التخفيف من آثار أي عيب خفي في الآلة قد تؤدي إلى تحميله مسؤولية تعاقدية تجاه المشتري أو تقصيرية تجاه المشتري وغيره ممن يتصل بالآلة التي صنعها وباعها.٣.مصلحة الصانع (البائع) بالاحتفاظ بأسرار آلته دون أن تصل إلى منافسيه، وبالتالي فهو يرغب في أن يكشف للمشتري أقل قدر ممكن من هذه الأسرار، ويحتفظ لنفسه بأسرار صيانتها.٤.مصلحة الصانع (البائع) في تحسين سمعته وتعظيم مبيعاته وأرباحه بإظهار أن سلعته (خدمته) ذات جودة عالية، وأنه مستعد دائما لدعم كفاءتها وإنجازها. لذلك فهو يلتزم بإصلاح ما قد يطرأ عليها من خلل، بل قد يذهب أكثر من ذلك إلى ضمان خدمة بديلة أثناء

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/١٤٣١/٢

فترة الإصلاح وضمان قيمة ما قد يتلف على المشتري بسبب تعطل الآلة.٥.مصلحة المشتري في التقليل من آثار تعطل الآلة عن تقديم المنافع المرجوة منها إلى أدنى حد ممكن، مما يجعله يحرص على الإصلاح السريع كلما دعت الحاجة.٦.مصلحة المشتري في إتقان وسائل التعامل مع الآلة في حالتي التشغيل والتعطيل، مع علمه بأن الصانع هو أقدر الناس على هذا الإتقان.هذه المصالح أدت إلى إدخال شرط ضمان الصلاحية للتشغيل وتقديم سيل المنافع المرجوة في عقود بيع الآلات والأجهزة وسائر المنتجات المعمرة. ولقد عم هذا الشرط وصار يتخذ أشكالا متعددة بحسب أنواع الآلات وكثرة حوادث تعطلها.____________." (١)

"مشمولات عقد الصيانة:إن بعض عقود الصيانة تشمل بالإضافة إلى الإصلاح وقطع الغيار أمورا أخرى هي مثلا: التعويض عن الإيراد المفقود أيام التعطل أو تقديم منفعة بديلة، ثانيا: القيام على الصيانة لكل الآلات التي يضمها صاحب المعمل بعد عقد الصيانة، ويستثنى عادة في عقد الصيانة تآكل إطارات السيارات، وفساد البطاريات وما يفعل بفعل الغير، وقد يكون عقد الصيانة تابعا لعقد التشغيل .ثم تحدث عن خصائص عقد الصيانة فقال: "الخاصية الأولى هي الجهالة في مقدار العمل المطلوب، والجهالة في مواعيد تقديمه، والجهالة في عقود الصيانة ليست على مرتبة سواء". وتنتفي الجهالة إذا كان عقد الصيانة مقدرا بقيمة العمل حسب الساعات المقضية قطعا، كما أن عقد الصيانة الذي يشمل فيه قطع الغيار، فيه جهالة غير يسيرة. ثم عدد صورا من الجهالة.الطبيعة التأمينية لعقد الصيانة :إن عقد الصيانة شبيه بعقد التأمين ، لأنه يقوم على أساس تحويل المجهول المطلوب من الصائن إلى مقدار معلوم هو الثمن، والصائن هو المؤمن يحصل على مبلغ محدد لتحمله مخاطر الإصلاح المجهولة عند التعاقد، والصيانة كعقد لا تتم إلا على أساس الاتفاقات في الأعداد الكبيرة أو إذا كانت قيمة الصيانة كبيرة، إلا أن الفارق بين عقد الصيانة وعقد التأمين أنه في عقد التأمين يتحصل المؤمن على مقابل مالي، وفي عقد الصيانة يتم له إصلاح ما تعطل. ثم ذكر أنه تعقد عقود تشبه عقد الصيانة: كعقد النظافة، وعقد التشغيل، وعقد التحديث، وعقد الصيانة الصحية في أمريكا .الإشكالات التعاقدية للصيانة:١. شرط الصيانة في عقد البيع .٢.عقد الصيانة بين الصائن والمالك: ويمكن للصائن بأن يقوم بعقد من الباطن للصيانة.٣. عقد تأمين بين المالك وشركة تأمين تعاوني .١ . شرط الصيانة في عقد البيع:هو مصلحة **لطرفي العقد** : استقرارا للعقود، ثم عرض أنواعا من الأغراض الحقيقة التي ينتفع بها الصائن والمشتري. وشرط الصيانة من البائع ليس بديلا عن خيار العيب

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٣٤٢١

وإنما يقلل من احتمال الرد بالعيب . ثم ذكر أنواعا من التعطل تحدث في الأجهزة ولا تدخل في عقد الصيانة، وفي الصيانة يحدد الزمن الذي يسري عليه العقد، وقد يتضمن عقد الصيانة تقديم بديل مدة التعطل كأن تقدم سيارة بدل السيارة التي تخضع للصيانة، أو بندقية بدل تلك التي تتم صيانتها وذلك لمدة الصيانة بكاملها. كما يتضمن عقد الصيانة تعويضا عما يفسد بسبب العطل كالمأكولات إذا فسدت.____________." (١)

"أما فيما يتصل بوسائل وطرق الاستثمار المالي وهي وسائل وطرف موضوعية فلا يحص أن يستخدم منها في استثمار الوقف إلا ما تقره الشريعة الإسلامية أو بتعبير أدق ما هو مشتق من أحكامها وقواعدها في المعاملات.ومن الطرق المقترحة في هذا الشأن الطرق الآتي تفصيلها:١- سندات المقارضة :(سندات المقارضة) من الصيغ الحديثة المقترحة للاستثمار المالي في عمومه ارتكازا إلى سلامتها من الناحية الشرعية نظرا لأنها مضاربة وهي تسمية العراقيين، أو قراض وهي تسمية الحجازيين.والقراض الذي اشتقت منه سندات المقارضة هو "أن يدفع رب المال ماله لمن يتجر فيه نظير أخذ جزء من الربح بحسب ما يتم الاتفاق عليه ثلثا أو ربعا أو نصفا (١) .وحداثة الصيغة تأتي من جهة أن رأس المال يوزع إلى وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصا شائعة في رأس مال المضاربة ، ويتم هذا –بالضرورة- بعد دراسة التكلفة المتوقعة لأي مشروع من المشروعات وحسابها لتمثل رأس مال القراض أو المضاربة، وعلى أن يأخذ أصحاب الصكوك من عائد الربح بحسب ما يتم الاتفاق عليه في نشرات الإصدار الخاصة بذلك.وبناء على هذه الصيغة فإن حملة الصكوك هم رب المال، وإدارة الوقف هي المضارب، وهذا في حالة الوقف التي هي محل الدراسة. وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي بقراره رقم ٣٠ (٤/٥) صيغة المضاربة في عمومها مع ضبطها بالشروط اللازمة التي تضمن سلامتها من الناحية الشرعية.وبتطبيق هذه الصيغة على الوقف لتكون واحدة من طرق استثماره قد يبدو محذوران هما:١- ضمان السندات عند انتهاء أجلها إذا عجزت إدارة الوقف عن إتمام المشروع، لأن إدارة الوقف مضارب، والمضارب أمين –كما هو مقرر فقها- لا يضمن إلا في حال التعدي أو التقصير، وقد عالج المجمع هذا المحذور بعدم منعه من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة من عائد المشروع سواء كان من الربح في حالة التنضيض الدوري، أو من الإيراد والغلة الموزعة تحت الحساب، ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال، أو النصل على طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن **طرفي العقد** بالتبرع بدون مقابل بمبلغ

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢١٤٦٨

مخصص لجبر الخسران في المشروع على أن يكون هذا الالتزام مستقلا عن عقد المضاربة وبحيث لا يترتب عليه أثر قضائي إذا لم يقم هذا الطرف الثالث بالوفاء بما تبرع به.____________(١) بداية المجتهد لابن رشد: ٢/٢٣٦؛ والشرح الصغير: ٣/٦٨١.." (١)

"ويلاحظ أن ملكية الآلة لا تؤول هنا إلى المستأجر، ولكن أيا من **طرفي العقد** ليس له بها حاجة، بعد انقضاء مدة الإجارة ، وقد تشبه في هذه الحالة بعض صيغ ما يسمى بالعرف المالي المعاصر بالإيجار التمويلي : (Financial Lease)، من حيث إن الإجارة تشمل مجموع العمر الاقتصادي للعين المؤجرة، مع فارق عدم تملك المستأجر للعين المؤجرة عند نهاية العقد، وهي تشبه كذلك بيع التقسيط من حيث إن المالك يسترد قيمة الأصل مع أرباحه من خلال الدفعات الدورية للأجرة، مع فارق عدم انتقال الملكية إلى المستفيد، الذي يحصل في البيع بالتقسيط منذ تاريخ العقد، في حين لا ينتقل الملك في الإجارة إلى المستأجر.ويدخل ضمن الحالة الرابعة هذه أن تكون رقبة العين المؤجرة تستحق لطرف ثالث بعد انتهاء مدة الإجارة، كأن تكون العين المؤجرة جسرا بناه شخص على أرض له عليها إقطاع ارتفاق مؤقت بمدة عشرين سنة مثلا من الدولة، وتشترط الدولة أن تؤول إليها ملكية ما على الأرض، بعد انتهاء مدة إقطاع الارتفاق، كجزء من الخراج المشروط عند الإقطاع، فهنا العين المؤجرة باقية بعد انتهاء الإجارة واستيفاء منافعها ولكنها على غير ملك المؤجر، كما لو باعها لثالث عند انتهاء الإجارة.الحالة الخامسة: وهي تشبه الحالة الثانية، حيث يرغب المستأجر بتملك العين المؤجرة عند نهاية الإجارة، فيعقد مع أصحاب الصكوك —منذ إصدارها– عقد استصناع يشتري به منهم عينا موصوفة بالذمة لها نفس المواصفات المتوقعة للعين المؤجرة عند انتهاء الإجارة، وعند انتهاء مدة الإجارة ، يتم تسليم العين المؤجرة بالثمن المتفق عليه، وتبقى العين المؤجرة نفسها مملوكة لأصحاب الصكوك طيلة مدة الإجارة، وبالتالي فإن صكوكهم التي تمثل عينا مادية مؤجرة، تكون قابلة للتداول بسعر سوقي يتفق عليه بين المتبايعين، قد يزيد، أو ينقص عن سعر الشراء .ومن الواضح أن عقد الاستصناع ملزم للطرفين ويمكن فيه تأجيل الثمن حسبما قرره مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة، عام ١٤١٢هـ، ولكن هذا العقد لا يصح لبعض الأعيان المؤجرة ، نحو الأرض مثلا، التي ليس فيها من الصناعة شيء، غير أن هذا القيد قليل الأهمية التطبيقية، لأن معظم الأعيان المؤجرة ينطبق عليها مبدأ التصنيع مثل الآلة، والبناء، والجسر، والطائرة، ونحو ذلك.____________." (٢)

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٢٣٥

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٢٤٥١

"وفي الإجارة المنتهية بالتمليك يكون الأمر أكثر تعقيدا وذلك لأن المستأجر قد لا يريد تنفيذ جميع بنود الإجارة بسبب أن الأجرة حسب السوق الحالية مرتفعة، وإن كانت عند العقد غير مرتفعة، أو أنه لا يريد أن يلتزم بشراء هذه الطائرة، أو الباخرة لأي سبب معقول أو غير معقول، ومن هنا يرد احتمال التهمة، وقد قال جماعة من الفقهاء بأن الوكيل ونحوه لا يصدقون إذا كان هناك مجال للتهمة (١) .ولذلك فالذي يظهر لي رجحانه أنه في الإجارة بصورة عامة، وفي الإجارة المنتهية بالتمليك بصورة خاصة، لا يصدق المستأجر في تلف العين المستأجرة، ولا في إدعاء عدم التعدي والتقصير ومخالفة الشروط والعرف إلا ببينة مقنعة، فإذا لم يأت بها فيجب عليه الضمان ، ولا أرى أي مانع من تثبيت هذا الشرط من الشروط المقترنة بالعقد للأسباب التي ذكرناها آنفا.وسيلة أخرى لحماية المؤجر:يستطيع المؤجر (البنك أو نحوه) أن يطلب من المستأجر بأن يهيئ له طرفا ثالثا يضمن العين المؤجرة، وهذا أجازه مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع بجدة ، وبقراره رقم (٥) في ١٨-٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨هـ الموافق ٦-١١ فبراير ١٩٨٨م حيث نص على أنه "ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار، أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن **طرفي العقد** بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين على أن يكون التزاما مستقلا".____________(١) المغني لابن قدامة: ١٠٢/٥.." (١)

"ملاحظة:يقرر الباحث أن مصطلح هذا العقد مختلف ويتعدد، وغير شاف عن معنى محدد إذ هو وليد أنظمة متعددة تعطي كل واحدة منها لأحد **طرفي العقد** حقوقا وضمانات، ويقترح أن تكون (الإجارة المالية) عوض الإجارة المنتهية بالتمليك .وعرف الإجارة المالية بالتعريف الذي رضيته لجنة الأصول المحاسبية بأنه: عقد إجارة تتحول من خلاله كل مخاطر ونفقات ملكية الأصل من المؤجر إلى المستأجر، سواء تحولت ملكية الأصل للمستأجر أو لا.وهذا التعريف الذي ذكره هو تعريف رضيته لجنة الأصول المحاسبية إلا أنه تعريف لا تقره الشريعة الإسلامية.صور الإجارة: ١-أن يكون للمؤجر في نهاية عقد الإجارة الحق في التصرف في العين المؤجرة .٢-أن ينتقل المؤجر للمستأجر مع آخر قسط، وهذا في الحقيقة بيع تقسيط.٣-امتلاك العين بثمن رمزي بعد دفع آخر قسط، وهذه تعادل ثمن العين مع هامش الربح ، ويتحقق للمؤجر الضمانات التي يرغب فيها.٤-أن يملك المستأجر العين في نهاية الأجل بثمن حقيقي يجري تحديده عند إبرام العقد.٥-الإجارة مع الوعد بالبيع. ومن الاحتمالات التي أوردها أن يكون انتقال الملك

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢٢٥٥١/٢

بدون ثمن. وهذا في الحقيقة هبة لا بيع.٦-الإجارة المنتهية بتخيير المستأجر بين الاستمرار على الإجارة أو إرجاعه أو شرائه بثمن محدد من البداية أو يتحدد بسعر السوق . ويعتبر هذا عقد ليزنج، وهو أحدث صورة، وذكر الطرف الثالث.أهم الفروق:-الفرق بين التشغيلية والمالية أن المخاطر يتحملها المؤجر في التشغيلية، وفي المالية مسؤولية المستأجر.-الإجارة التشغيلية لا يقصد منها تمليك العين عكس الإجارة التمويلية .-قصر الأولى وطول الثانية بما يقارب العمر التشغيلي.______________." (١)

"الشيخ ناجي شفيق عجم:بسم الله الرحمن الرحيمسبقني بعض الإخوة إلى بعض ما كنت أريد أن أقوله ومع ذلك أرى أن هذا العقد أشد على المتمول من المرابحة . ففي المرابحة الآمر بالشراء يملك السلعة رقبة ومنفعة، ملكية تامة، والمستأجر هنا ملكيته ناقصة يملك المنفعة فقط فضلا عن أن المستأجر قد يعجز عن دفع بقية الأقساط، وهذه الأقساط في الغالب الشائع أكثر من أجرة المثل . أقول: المقصود من اللجوء إلى هذا العقد – الإيجار المنتهي بالتمليك الذي هو بدل للبيع بالتقسيط- المقصود هو حماية رأس المال للممول وحماية ربحه.هناك بدائل شرعية كثيرة تحمي حق الممول وربحه، وكذلك حق المتمول، ويتحقق هدف الطرفين منها أخذ الرهن من المشتري، أو رهن نفس العين المباعة عند البائع، أو أخذ كفالة، أو الشركة المنتهية بالتمليك ، أو يؤخر البائع نقل الملكية الرسمية للعقار مثلا، ريثما يتم دفع جميع الأقساط. هذا العقد أراه مفضلا لحماية أحد **طرفي العقد** ، وهو المؤجر أو المؤجر (الممول)، من المخاطرة. والمستأجر هو الذي يتحمل المخاطرة أكثر من الطرف الآخر، والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن. فأرى أن العدل هو من مقاصد هذه الشريعة. والغبن والظلم على أحد **طرفي العقد**.والله الموفق.الشيخ صالح المرزوقي:بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله.بعد شكر الله سبحانه وتعالى أشكر رئاسة المجلس وأمانته كما أشكر الباحثين على بحوثهم.موضوع الإجارة المنتهية بالتمليك اطلعت على ما عرضه فضيلة الشيخ السلام في بحثه القيم ونقل فيه رأي بعض المشايخ الأفاضل منهم فضيلة الدكتور حسن الشاذلي، حيث ذكر أن له تصورات خمسة أو أن له صورا خمسة، أحدها أن ينتهي عقد الإيجار بتملك العين المستأجرة مع آخر قسط ولم يرتض هذه الصورة، وقدم لها بديلا وهو بيع العين المؤجرة مع تقسيط الثمن والحجر على المشتري في التفويت في المبيع قبل سداد جميع الأقساط. وفي نظري أن هذه الصورة مقبولة شرعا. ثم قال فضيلته –والكلام للشيخ حسن الشاذلي- : أو أن تتم صياغة العقد على أساس أن ينتقل التملك للعين بهبتها للمستأجر هبة معلقة على سداد آخر

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٢٥٩٩

قسط أو على أن يعده بالهبة ، والوعد بالهبة ملزم.أقول: إن اللجوء إلى تسويغ العقد بالهبة لا يستقيم لأن القول بالهبة هو أسلوب من أساليب التحايل على تسويغ عقود غير جائزة ، فصاحب العين المؤجرة لا يقصد هبتها، والهبة لا تكون هبة إلا إذا كانت خالصة لوجه الله الكريم أو تكون هبة بعوض وهذه تأخذ أحكام عقد البيع . ومن أين لرجال الأعمال والمصارف الإسلامية أو غير إسلامية أن يهبوا أعيانهم؟.الصورة الثالثة: أن ينتهي عقد الإيجار ببيع العين المؤجرة بثمن حقيقي، وهذه يرى جوازها. وهذه الصورة إذا لم يكن متفقا عليها عند عقد الإيجار فلا بأس بها شرعا، ولكنها لا تحل مسألة الإجارة المنتهية بالتمليك .الصورة الأخرى: أن ينتهي عقد الإجارة بتخيير المستأجر بين مدة الإجارة أو شراء العين أو ردها على صاحبها. وهذه الصورة لم يظهر لي معالجتها لمسألة الإجارة المنتهية بالتمليك، فهذه واضحة الصحة.___________." (١)

"ملحق رقم (٤)بسم الله الرحمن الرحيمالمملكة العربية السعودية رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشادالأمانة العامة لهيئة كبار العلماءقرار رقم (٢٥) وتاريخ ٢١ / ٨ / ١٣٩٤ هالحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده محمد وعلى آله وصحبه ، وبعد :فبناء على ما تقرر في الدورة الرابعة لمجلس هيئة كبار العلماء المنعقدة فيما بين ٢٨ / ١٠ و١٤ / ١١ /٩٣ هـ من الرغبة في دراسة موضوع الشرط الجزائي ، فقد جرى إدراجه في جدول أعمال الهيئة في دورتها الخامسة المنعقدة فيما بين ٥ و٢٢ / ٨ / ١٣٩٤ هـ في مدينة الطائف .ثم جرى دراسة الموضوع في هذه الدورة بعد الاطلاع على البحث المعد في ذلك من قبل اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ، وبعد مداولة الرأي والمناقشة ، واستعراض المسائل التي يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائي ، ومناقشة توجيه قياسه على تلك المسائل والإيراد عليه ، وتأمل قول الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ [المائدة : ١] ، ما روي عنه صلى الله عليه وسلم من قوله : ((المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا)) ولقول عمر رضي الله عنه : (مقاطع الحقوق عند الشروط) والاعتماد على القول الصحيح من أن الأصل في الشروط الصحة ، وأنه لا يحرم منها أو يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا .واستعراض ما ذكره أهل العلم من تقسيم الشروط في العقود إلى صحيحة وفاسدة وتقسيم الصحيحة إلى ثلاثة أنواع أحدها : شرط يقتضيه العقد كاشتراط التقابض وحلول الثمن ، الثاني : شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كالتأجيل أو الرهن أو الكفيل به أو صفة في المثمن ككون الأمة بكرا . الثالث شرط فيه

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٢٦٣٣

منفعة معلومة وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا منافيا لمقتضاه كاشتراط البائع سكنى الدار شهرا ، وتقسيم الفاسدة على ثلاثة أنواع أحدها : اشتراط أحد **طرفي العقد** على الطرف الثاني عقدا آخر كبيع أو إجارة أو نحو ذلك . الثاني : اشتراط ما ينافي مقتضى العقد كأن يشترط في المبيع ألا خسارة عليه أو ألا يبيع أو يهب ولا يعتق . الثالث : الشرط الذي يتعلق به العقد كقوله بعتك إن جاء فلان. وبتطبيق الشرط الجزائي عليها وظهور أنه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدد له والاستئناس بما رواه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلا قال لكريه أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه ، وقال أيوب عن ابن سرين : أن رجلا باع طعاما وقال : إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع ، فلم يجيء ، فقال شريح للمشتري : أنت أخلفت فقضى عليه ، وفضلا عن ذلك فهو في مقابلة الإخلال بالالتزام حيث إن الإخلال به مظنة الضرر وتفويت المنافع ، وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله ، وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود والعقود تحقيقا لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ [المائدة : ١] .______________." (١)

"ملحق رقم (٤)بسم الله الرحمن الرحيمالمملكة العربية السعوديةإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد الأمانة العامة لهيئة كبار العلماءقرار رقم (٢٥) وتاريخ (١٣٩٤/٨/٢١هـ)الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده محمد وعلى آله وصحبه ، وبعد :فبناء على ما تقرر في الدورة الرابعة لمجلس هيئة كبار العلماء المنعقدة فيما بين (١٠/٢٨ و١٣٩٣/١١/١٤ هـ) من الرغبة في دراسة موضوع الشرط الجزائي . فقد جرى إدراجه في جدول أعمال الهيئة في دورتها الخامسة المنعقدة فيما بين (٥ و١٣٩٤/٨/٢٢هـ) في مدينة الطائف .ثم جرى دراسة الموضوع في هذه الدورة بعد الاطلاع على البحث المعد في ذلك من قبل اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ، وبعد مداولة الرأي والمناقشة ، واستعراض المسائل التي يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائي ومناقشة توجيه قياسه على تلك المسائل والإيراد عليه وتأمل قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ (المائدة : ١) وما روي عنه صلى الله عليه وسلم من قوله : ((المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا)) ، ولقول عمر رضي الله عنه : (مقاطع الحقوق عند الشروط) والاعتماد على القول الصحيح من أن الأصل في

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/ ٢٢٧١٠

الشروط الصحة ، وأنه لا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا.واستعراض ما ذكره أهل العلم من تقسيم الشروط في العقود إلى صحيحة وفاسدة وتقسيم الصحيحة إلى ثلاثة أنواع أحدها : شرط يقتضيه العقد كاشتراط التقابض وحلول الثمن . الثاني : شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كالتأجيل أو الرهن أو الكفيل به أو صفة في المثمن ككون الأمة بكرا . الثالث : شرط فيه منفعة معلومة وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا منافيا لمقتضاه كاشتراط البائع سكنى الدار شهرا.وتقسم الفاسدة إلى ثلاثة أنواع أحدها : اشتراط أحد طرفي العقد على الطرف الثاني عقدا آخر كبيع أو إجارة أو نحو ذلك . الثاني : اشتراط ما ينافي مقتضى العقد كأن يشترط في المبيع ألا خسارة عليه أو ألا يبيع أو يهب ولا يعتق . الثالث : الشرط الذي يتعلق به العقد كقوله بعتك إن جاء فلان ، وبتطبيق الشرط الجزائي عليها وظهور أنه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدد له والاستئناس بما رواه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلا قال لكريه : أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه ، وقال أيوب عن ابن سيرين : أن رجلا باع طعاما وقال : إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع ، فلم يجئ ، فقال شريح للمشتري : أنت أخلفت ، فقضى عليه .______________". (١)

"٢- ويحق للقاضي أيضا أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير ، ولا يتضرر الملتزم له كثيرا بهذا الإمهال.هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقا للعدل الواجب بين طرفي العقد ، ومنعا للضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لابد له فيه ، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم ، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها ، والله ولي التوفيق.وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبهوعليه تمثل سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي مطلبا ملحا لمواجهة كل أشكال الظلم أو التعسفات التي قد يتسبب الشرط الجزائي فيها ، لأن هذا الشرط كثيرا ما يستخدم لغير ما شرع له كأداة للاستغلال والحصول على بعض الأموال دون مقابل ، مما يتعارض مع مبدأ العدالة والإنصاف الذي يجب أن يسود المعاملات ، والذي حرصت أحكام الفقه

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٧٨٤٢

الإسلامي على إقامة أحكامها عليه ، كما يتعارض مع حرمه أكل أموال الناس بالباطل (١) ".______________.

"الشيخ حمداتي شبيهنا ماء العينين :بسم الله الرحمن الرحيم ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .لا شك أن البحوث التي قدمت في هذا الموضوع امتازت بالدقة في الملاحظة وملاحقة المراجع لاستخراج النص الشرعي الذي يمكن أن توضع تحته هذه العقود التي قذفت بها المعاملات الجديدة . والتي فرضت نفسها على الساحة الإسلامية بسبب تراكم الصناعات وكثيرة الحاجة إليها ، وأيضا بسبب ما يعرفه أصحاب القوانين بطبيعة تنفيذ العقد ، وما تفرضه طبيعة تكوين العقد من إعطائه مدة حتى يمكن أن تنتج البضاعة التي تكون محل العقد . والذي يثلج الصدر هو أن أصحاب البحوث ذهبوا في مجمل أقوالهم إلى جواز هذه المعاملة في مبادئها العامة إن وقع شرط استبعاد الربا والغرر من المعاملة نفسها . والذي ذهبوا في كثير من بحوثهم وتناقضاتهم إليه هو البحث عن الاسم الشرعي الذي يمكن أن يعطى لهذه المعاملة .الحقيقة أن كثيرا من الملاحظات التي كنت سأقولها قالها شيوخي وأساتذتي قبلي ولكن لي بعض التساؤلات حول التكييف العلمي الذي قدمه العالم الجليل محمد تقي العثماني في بحثه القيم عن عقد التوريد وفي تقديمه للموضوع جعل اتفاقيات التوريد مواعيد ملزمة على الطرفين بإنشاء عقد ، ثم يتم العقد في حينه على أساس الإيجاب والقبول ، أو على أساس التعاطي والاستجرار .التساؤل الأول هو أن عقد التوريد الإيجاب والقبول تما فيه عند وقت إبرام الاتفاقية بين أصحاب العقد ، وإذا كنا جعلناه غير ملزم فما هي الصيغة التي يمكن أن تضمن بها مصالح كل طرفي العقد عند توريد البضاعة ؟ (٢) ".______________.

"ثم استبعد الأستاذ المبلغ الذي يدفعه الطالب ، استبعده من أن يعطي له اسم العربون قائلا بأنه لا يمكن أن يكون عربونا مبررا ذلك بأن اتفاقية التوريد ليست عقدا باتا ، والحال أننا إن حددنا الثمن والمقدار وتاريخ التسليم فلا مانع من تقديم عربون لتوثيق عملية الاتفاق على التوريد الذي سيشمل وقائع لابد من مراعاة مصالح طرفي العقد فيها ، فكثيرا ما يكون المحل بضاعة ستصنع أو سيتم شراؤها من جهات أخرى ، أو إنتاج فلاحي يجنى في وقت معين ، فكثيرا ما يكون عليه الطلب خلال تلك المدة فإذا فاتت فرصته تغير الطلب على إثر ذلك ، فهل من العدل أن يترك صاحب التوريد تحت اتفاق على وعد بالبيع ؟ إنني

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٢٧٩٩

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٣٠٢٩

أرى أن المصلحة الشرعية تقتضي أن يتم النص على أن هذا الاتفاق يجب أن يوثق إما بعربون أو بشكل آخر لا يجعل صاحب الطلب تحت رحمة اختيار المورد . وإن أحكام العربون في الفقه الإسلامي لا تتناقض مع هذا العقد . إذا كانت اتفاقية التوريد ليست عقدا للبيع عند أصحاب القوانين الوضعية فإن هذا هو محل الريبة فيها عندنا نحن المسلمين ، ولكن إذا نظرنا إلى مسيس الحاجة إليها اليوم تحتم علينا أن نبحث لها عن مندوحة تخرجها من الغرر الذي يحفها حسب المسطرة التي يتبعها أصحاب القوانين الوضعية ومراعاة لذلك فإن ما قاله القرافي من أن الناس يجب أن تتبع أعرافهم ، حسب ما ذهب إليه عندما قال : إن حمل الناس على أعرافهم ومقاصدهم واجب ، والحكم عليهم بخلاف ذلك من الزيغ والجور إذا لم تتناقض هذه الأعراف مع الشريعة ، ولابن عرفة تعريف قيم لعقد السلم يمكن أن يسحب على عقد التوريد وذلك التعريف هو : " عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة في غير متماثل للعوضين " ، وقوله : " عقد معاوضة يشمل جميع أنواع البيع والكراء " وقوله : " يوجب عمارة الذمة " أخرج به بيع العين الموجودة . وفي المدونة أنه رخصة مستثناة مما ليس عندك على أن يكون المسلم فيه موصوفا حتى يتم التأكيد على شرعيته ، لأن التشريع الإسلامي لا يقر عمارة الذمة بغير مشروع لأنه غير محمي بقواعد الحكم التي تحتم على من عمرت ذمته أداء ما عمرت به .______________." (١)

"بطاقة المرابحة :المرابحة من بيوع الأمانة التي يتحدد فيها ربح البائع اعتمادا على علم المشتري ثمن شرائه السلعة ، وبيع الأجل من البيوع الجائزة التي عمل بها المسلمون قديما، والوكالة من العقود المشروعة. فإذا جمعنا هذه الثلاثة، توصلنا إلى صيغة قابلة للتطبيق في بطاقات الائتمان بحيث تخرج لنا بطاقة ذات دين مؤجل مقسط. كما يلي:يصدر البنك بطاقة (نسميها بطاقة المرابحة) لعميله ويترتب على ذلك توكيل البنك عملية الشراء نيابة عنه، ثم البيع لنفسه وكالة عن البنك بيعا مؤجلا بأجل محدد متفق عليه أن يدفع الثمن مقسطا، ويكون البيع الثاني بزيادة متفق عليها (٥ ٪ مثلا) هي ربح بيع المرابحة .هذه الصيغة بديل تام لبطاقة الائتمان ذات الدين المقسط ، وهي تعتمد في مشروعيتها على العقود الثلاثة المشار إليها أعلاه. والعمل بالمرابحة وبيع الأجل مقسط الدين قد أصبح فاشيا مستفيضا في حياة الناس المعاصرة، وضمن الصيغة المقترحة يتولى حامل البطاقة طرفي العقد فهو يشتري نيابة عن البنك ثم يبيع على نفسه وكالة عنه أيضا فيكون بائعا ومشتريا. ومن الفقهاء من منع مثل هذه الوكالة ، وعلة المنع عندهم هي استرخاص الوكيل لنفسه والاستقصاء لموكله لأن الإنسان مجبول على تغليب حظ نفسه على حظ غيره فاجتمع فيها غرضان

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٣٠٣٠

متضادان، إلا أن الصيغة المقترحة ليس فيها ذلك إذ تعتمد على المرابحة وذلك لا يقع إلا في المساومة، ومن ثم كان كل شراء يجريه حامل البطاقة بثمن يتبعه بيع بنفس الثمن وزيادة ربح، فانتفت علة القول بعدم جواز هذه الوكالة.______________." (١)

"وقد أجاز الحنابلة على الصحيح من المذهب توكيل الشخص غيره بالبيع أو الشراء من نفسه لنفسه. جاء في شرح منتهى الإرادات: (ولا يصح بيع وكيل لنفسه.. (ولا) يصح (شراؤه منها).. (إلا أن أذن) موكل لوكيله في بيعه لنفسه أو شرائه منها (فيصح) للوكيل إذا (تولى طرفي العقد فيها كأب صغير) ونحوه إذا باع من ماله لولده أو اشترى منه له) (١) .وقال في المقنع: (ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه وعنه يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه في النداء) (٢) . وجاء في المغني (وإذا أذن للوكيل أن يشتري من نفسه جاز له ذلك وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين: لا يجوز، لأنه يجتمع له في عقده غرضان الاسترخاص لنفسه والاستقصاء للموكل هما متضادان فتمانعا، ولنا أنه وكل في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولأن علة المنع هي من المشتري لنفسه في محل لاتفاق التهمة لدلالتها على عدم رضى الموكل بهذا التصرف... وقد صرح هاهنا بالإذن، فلا تبقى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافه وقولهم إنه يتضاد مقصودة في البيع والشراء، قلنا: إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء وأنه لا يراد أكثر مما حصل وإن لم يبين فثمن المثل ..) (٣)فالوكالة التي يتولى الوكيل فيها طرفي العقد في الصيغة المقترحة ليس فيها استرخاص، ولا استقصاء، وفيها إذن الموكل للوكيل بالتصرف ورضا طرفيها بما يقع من بيوع وديون بناء عليها.فإذا وقع البيع وثبت الدين كان لحامل البطاقة أن يدفعه مقسطا على عشر دفعات مثلا أو بما اتفق عليه، فحصل لهذا العميل ما يريد من الائتمان وهذا بديل مشروع عن بطاقة الائتمان غير المغطاة ذات الدين المقسط .والله سبحانه وتعالى أعلم______________(١) شرح منتهى الإرادات: (٢/٣٠٩).(٢) المقنع: (٢/١٥٢).(٣) المغني لابن قدامة: (٥/٢٣٩- ٢٤٠).." (٢)

"وقد اقترح العارض الدكتور محمد القري صيغة بديلة لبطاقة تقوم مقام هذه البطاقة التي تعمل بالربا وسميت بطاقة المرابحة ، فتصدر البطاقة من قبل المصرف على أساس الوكالة ، يكون حاملها وكيلا عن مصدرها يشتري نيابة عنه نقدا ضمن شروط يحدده في العقد بينهما على إصدار البطاقة ثم يبيع لنفسه وكالة عن المصدر بيعا آجلا فيدفع الثمن مقسطا على شهور عدة وتكون الآجال فيها معلومة مقدما وربح المرابحة

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٣٥٨٤

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٣٥٨٥

متفق عليه. ومعلوم أن الوكالة جائزة ، مقيدة كانت أو مطلقة، وإن اختلف الفقهاء في حدود الإطلاق فيها، والمرابحة قد صدر فيها قرار من المجمع الموقر. والإشكال في الصيغ المقترحة هي تولي الوكيل **طرفي العقد** ، فهو مشتر وكالة وبائع لنفسه بالوكالة أيضا، ومن منع ذلك إنما منعه لأن الإنسان مجبول على تغليب حظ نفسه على حظ غيره، فقالوا: علة المنع استرخاص الوكيل لنفسه والاستقصاء لموكله. وحينما لا يوجد مثل ذلك وأذن الموكل للوكيل أجاز الفقهاء تولي الوكيل **طرفي العقد** ، وقد أجاز الحنابلة ذلك فقد جاء في (شرح منتهى الإرادات): ولا يصح بيع وكيل للوكيل تولي **طرفي العقد**.. إلى آخر ما قال. وجاء في المغني لابن قدامة : وإذا أذن للوكيل أن يشتري من نفسه جاز له ذلك. وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين: لا يجوز، لأنه يجتمع له في عقد غرضان، الاسترخاص لنفسه والاستقصاء للموكل، وهما متضادان فتمانعا. ولنا أنه وكل في التصرف لنفسه فجاز، كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها، ولأن علة المنع هي من المشتري لنفسه في محل لاتفاق التهمة لدلالتها على عدم رضا الموكل بهذا. وصرح هاهنا بالإذن. ثم قال: وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء، قلنا: إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء وأنه لا يراد أكثر مما حصل، وإن لم يبين فثمن المثل . انتهى كلامه.______________." (١)

"ويمكن الإفادة من هذه الفتوى من عدة اعتبارات لها وجاهتها ، وهي : ١- أن ابن عابدين قال معللا ترجيح قوله هذا بأن " المسألة غير منصوص عليها بخصوصها ، فإن المنصوص عليه إنما هو الفلوس والدراهم الغالبة الغش" (١) .وعلى ضوء ذلك نقول في موضوعنا الخاص بالنقود الورقية : إنها غير منصوص عليها بعينها ، بل هي جديدة ومستحدثة ، فيجب النظر إليها والاجتهاد فيها على ضوء مقاصد الشريعة ومبادئها العامة من تحقيق العدالة والمساواة بين **طرفي العقد** ، وعدم الإضرار والضرار .٢- أن نقودنا الورقية هي مثل القروش التي ذكرها ابن عابدين ، حيث لا يتعين بالتعيين ، حيث قال : " وإنما الشبهة فيما يتعارفه الناس من الشراء بالقروش ودفع غيرها بالقيمة ، فليس هنا شيء معين حتى تلزمه به سواء غلا أو رخص " .ومن هنا يمكن أن يستأنس بالفتوى الشائعة في عصر ابن عابدين عام (١٢٣٠هـ) استقرت على :" دفع أي نوع كان بالقيمة التي كانت وقت العقد ، إذا لم يعين المتبايعان نوعا والخيار فيه للدافع . . " فالذي اعترض عليه ابن عابدين هو أن يكون الخيار فيه للدافع ، وأن يختص الضرر بالبائع ، ولكن يستفاد منه دفع القيمة يوم العقد من حيث الجملة في النقود الورقية ، وهذا ينفعنا في القول بأن النقود الورقية ليست

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٣٦٤٧

مثلية دائما .٣- يستفاد من مجموع ما ذكره ابن عابدين نظرية الأخذ بسلة العملات عند التقويم ، والأخذ بالأوسط منها ، كما سنوضحها فيما بعد .٤- كما يستفاد منها أيضا نظرية الربط بمؤشر معين للقروش ؛ أي النقود غير الفضية والذهبية كما سيأتي .٥- أن العقود لابد فيها من رعاية الرضا الحقيقي — كما قال بعض المفتين — وكذلك التساوي بين العاقدين في الحقوق ، وفي توزيع الأضرار عليها إن تحققت ، دون تخصيص أحدها بالآثار السلبية دون الآخر .______________(١) المصدر السابق : ٢/ ٦٦ .." (١)

"ومن ثم تجري عملية الترجيح والمفاضلة وترتيب هذه الحلول ، الأمر الذي يسهل على أعضاء المجمع وخبرائه اتخاذ القرار الصحيح حيال هذه القضية . وبذلك تتضح هوية هذه الورقة وحدودها ، إنها ليست بحثا منشئا لمعلومة في هذا الموضوع ، وإنما هي عرض ونظر وتنقيح لما سبق طرحه . وهذا ما نص خطاب الدعوة الكريمة من أمانة المجمع حيث يقول : " والمأمول أن تسهم هذه الورقة في تمثل كل ما طرح من أبحاث ، وأن تضيف من التوجيهات الشرعية والاقتصادية ما يرشح واحدا أو أكثر من الحلول المطروحة " وقد رأت أمانة المجمع ألا تقتصر الورقة على ذلك ، بل تحتوي أيضا على عرض للاتجاهات الشرعية لمعالجة التضخم في المصادر الفقهية .وفي ضوء ذلك نرى أن يقسم البحث إلى مبحث تمهيدي ومبحثين أساسيين على النحو التالي :المبحث التمهيدي : تعريف ببعض المفاهيم ذات الأهمية .المبحث الأول : الاتجاهات الشرعية لمعالجة التضخم في المصادر الفقهية .المبحث الثاني : الحلول المطروحة لعلاج آثار التضخم على طرفي العقد ، عرض وتقويم .الخاتمة : أهم النتائج المستخلصة .المبحث التمهيديتعريف ببعض المفاهيم ذات الأهميةمع إدراكنا الكامل بأن هذه المفاهيم قد وردت في الأبحاث السالفة ، فإننا نأتي بها هنا تتميما للفائدة وتخفيفا عن القارئ مؤونة الرجوع إلى تلك الأبحاث ، وإبرازا لبعض الجوانب والدلالات في هذه المفاهيم التي رأينا أنها لم تكن واضحة بارزة فيما سبق بالقدر الكافي ، مع أهميتها الكبرى في هذا الموضوع وما يرمي إليه ، لذلك كله قد يكون من الأفضل التريث لحظة من أجل تذليل الصعوبات الاصطلاحية المحتملة .______________." (٢)

"***(١)الفصل الثانيطرق استثمار الأموال النقديةهناك طرق عدة لاستثمار الأموال النقدية الفائضة عن حاجة عمارة عقارات الأوقاف بعضها قديم وبعضها حديث، من أهمها:أولا – الدخول في مضاربة مع الأفراد أو المؤسسات:والمضاربة عبارة عن (عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر) (١)

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٣٧٦٦

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٣٨٥٩

.وتسمى قراضا أيضا، وهي مشروعة بالسنة التقريرية والإجماع .فقد كان الصحابة يسافرون بمال غيرهم مضاربة ، ولم ينه الرسول عن ذلك (٢)وقال الزرقاني : قال أبو عمر : (أجمع العلماء على أن القراض سنة معمول بها) (٣)وقد نقل الإجماع كذلك عن غير واحد من العلماء (٤) .وقد نوقشت طريقة استثمار أموال الوقف في سندات المقارضة أو المضاربة في الندوة التي نظمها البنك الإسلامي للتنمية بجدة حول إدارة وتنمية ممتلكات الأوقاف في محاضرة (ولي خير الله)، ولم توص الندوة باستخدامها على اعتبار أن المضارب لا يضمن.وقد أصدر المجمع الفقهي قرارا يبين فيه طريقة لجبر الخسارة المتوقعة من هذا الاستثمار ، فقد جاء فيه: (ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة ، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم ليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما يتبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد) (٥) .______________(١) انظر: نتائج الأفكار، قاضي زاده؛ لتكملة فتح القدير لابن الهمام: ٨/ ٤٤٥- دار الفكر؛ حاشية ابن عابدين: ٥ /٦٤ ط ٢- ط مصطفى الحلبي؛ المغني لابن قدامة: ٥/ ١٥- دار الفكر(٢) الفتاوى لابن تيمية: ١٩/ ١٩٤- ١٩٥.(٣) شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٣٤٥- دار الفكر(٤) انظر: الإجماع لابن حزم، ص٩١ مطبوع مع محاسن الإسلام للبخاري- دار الكتاب العربي؛ المغني لابن قدامة: ٥ /١٦- دار الفكر؛ الهداية للمرغيناني وشرح العناية للبابرتي مطبوع مع نتائج الأفكار: ٨/ ٤٤٦- دار الفكر؛ بداية المجتهد لابن رشد: ٢/ ٣٦- ط مصطفى الحلبي(٥) انظر: ندوة الوقف الخيري المنعقدة في أبو ظبي (٢٩- ٣٠/ ١٠/ ١٤١٥ هـ)، بحث الصديق أبو الحسن: مقتطفات من أحكام الوقف، ص ٧٥- ٧٦، نقلا عن مجلة المجمع الفقهي الإسلامي عدد (٤) سنة ١٤٠٨ هـ: ٣/ ١٢٦١- ١٢٦٥." [١]

"الصيغة الثانية- الكدك و الكردار :أو تكون هنالك صيغة ثانية وهي التي تعرف (بالكدك – والكردار) وهذه الصيغة أضاعت ما لا يحصى من حقوق الأوقاف القديمة... لذلك ثبت عدم جداوها، ولا تتحقق الأنفعية للوقف وهو الشرط الأول لمشروعية كل تصرف يجريه المتولي بحيث يترتب بعض المستحقات على الوقف.الصيغة الثالثة – ما يعرف ب الإجارة التمويلية لبناء الوقف:وصورتها: أن تؤجر الأوقاف أرضها

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٤٥٨٢

لجهة معينة تبني على أرض الوقف وتحسب الأجرة من ثمن الأرض، وعند انتهاء المدة المتفق عليها تؤول ملكية هذا البناء للوقف بحيث لا يترتب على إدارة الوقف أي حق مالي ولكن لابد أن تمضي سنون وسنون حتى تؤول الملكية إلى الوقف، وهذا التصرف لا يشكل خطرا على ملكية الوقف... ولكن لا يعتبر مغريا لأرباب الأموال، وعلى الجملة إنها صورة يترتب عليها محاذير شرعية (١) .الصيغة الرابعة – سندات المقارضة :وهو الاستثمار بتمويل الغير، وصورتها: أن تقوم إدارة الأوقاف بدراسة اقتصادية للمشروع... ثم تقوم عبر هيئة متخصصة بإصدار سندات قيمتها الإجمالية مساوية للتكلفة المتوقعة للبناء.. ثم تعرض على حاملي السندات (الممولين للبناء) اقتسام عائد الإيجار بنسبة تحددها على ضوء الدراسة الاقتصادية... على أن يخصص جزء من العائد – الذي تملكه الأوقاف – لإطفاء السندات – أي شرائها من حامليها شيئا فشيئا.. حتى تعود الملكية الكاملة للبناء بعد فترة من الزمن إلى إدارة الأوقاف.وقد جاءت قرارات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة ١٨ – ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ هـ (٦-١١ فبراير شباط ١٩٨٨م) ما نصه:سندات المقارضة هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القرض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة، ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصا شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه بنسبة ملكية منهم.. ويفضل تسمية هذه الأداة الاستثمارية (صكوك المقارضة).ومما جاء في حكمها الشرعي: ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب، ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال.وليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية على **طرفي العقد** بالتبرع دون مقابل مبلغ مخصص ليجبر الخسران في مشروع معين... على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة ، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه.ــــــــــــــ(١) أنس الزرقا، الوسائل الحديثة للتمويل والاستثمار.." (١)

"ضمان الطرف الثالث في المضاربة :إذا كان الضمان من طرف ثالث (أي عنصر غير المضارب ورب المال) فإنه جائز ، لأنه من قبيل التبرع من ذلك الطرف ، أي الهبة ، ويتعلق هذا التبرع بمقدار ما يحصل من نقص في رأس المال ، والجهالة في التبرعات مغتفرة .وهذا الالتزام بالتبرع ليس ضمانا بمعنى

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢٤٧٨٨/٢

الكفالة ، لأنها لا تكون إلا في دين صحيح ثابت حاضرا أو مستقبلا فيكون هناك مدين أصيل وكفيل بالدين ، وهنا الأصيل (المضارب) ليس مدينا لأنه بطبيعة المضاربة لا تصح مسؤوليته . فالضمان هنا يراد به التحمل للتبعة وليس الكفالة .ولا يتناول ضمان الطرف الثالث الربح المتوقع الذي فات (الكسب الفائت أو الفرصة الضائعة) بل يقتصر على أصل المال ، لأن هناك حاجة بالنسبة لبعض الناس بالمحافظة على أصل المال ولتشجيعهم على استثماره ، وليست هناك حاجة تدعو إلى ضمان حصة من الربح ، كما أن مثل هذا الضمان يشابه المراباة التي تقوم على أساس ضمان الأصل مع زيادة. وقد نص قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة في جده (١) على ضمان الطرف الثالث ، ونصه :(ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث ، منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد ، بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين ، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة ، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد) .___________(١) القرار رقم : ٥ ، بشأن سندات المقارضة في البند التاسع .." (١)

"التخارج :التخارج من وعاء المضاربة (حساب الاستثمار) يؤدي إلى فسخ عقد المضاربة المبرم بين البنك وعميله . يقول الإمام الرملي الشافعي : (ويحصل بقول المالك : فسخته أو أبطلته أو لا تتصرف بعد هذا ، ونحو ذلك ، وبإعتاقه وإيلاده واسترجاعه المال . فإن استرجع بعضه ففيما استرجعه . ويترتب على طلب التخارج ضرورة المحاسبة بين طرفي العقد . ويتم ذلك بعد تنضيض مال المضابة) (١) .وتتفق الشافعية والمالكية والحنابلة على أنه إذا كان المال ناضا (نقدا) من جنس رأس المال ، ولم يتحقق ربح ، أخذه المالك ، وإن كان هناك ربح اقتسماه بحسب الشرط ، أما إن كان رأس المال نقدا من غير جنس المال ، أو عرضا ، ففيه حالان : الحال الأول : أن يكون فيه ربح فيلزم العامل بيعه إن طالبه المالك بذلك ، وللعامل بيعه وإن رفض المالك ، ولا يشترط بيع العرض كله ، وإنما يكفي تنضيض جزء منه بقدر رأس المال فقط للتمكن من الرد إلى صاحب رأس المال . أما الجزء المتبقي فيمكن بقاؤه على حاله لتوافر صفة المالية فيه .ولو قال المالك : لا تبع ونقتسم العروض بتقويم عدلين ، أو قال : أعطيك قدر نصيبك ناضا : فيه وجهان عند الشافعية والحنابلة ، وأما إذا لم يكن في المال ربح ، فهل للمالك تكليف العامل

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٥٣٠٤

بالبيع ؟ فيه وجهان ، أصحهما نعم ، وإذا رضي المالك بإمساك العرض فهل للعامل أن يبيع؟ فيه أيضا وجهان أصحهما أنه له ذلك إذا توقع ربحا ، فإذا تقاسماه وهو عرض ثم ظهر ربح بارتفاع الأسعار في السوق فهل للعامل نصيب فيه؟ فيه وجهان أصحهما ليس له ذلك (٢) . أما عند الحنفية فإن العقد لا ينفسخ إلا إذا كان المال عينا وقت الفسخ ، فإن كان متاعا لم يصح ، وللعامل أن يبيعه حتى ينض (٣) .أما إذا انفسخ القراض والمال دين ، فعند الشافعية والحنابلة والمالكية يلزم العامل تقاضيه ، سواء ظهر في المال ربح ، أو لم يظهر (٤) . أما الحنفية فعندهم إذا ظهر ربح لزمه تقاضيه ، وإن لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه ، لأنه لا غرض له في العمل ، فهو كالوكيل (٥) . ولكن عند الشافعية والمالكية لو رضي المالك بقبول الحوالة في الدين جاز ، وذلك بأن يتفقا بينهما على تعين بعض الديون للعامل وبعضهما للمالك (٦) .ـــــــــــــ(١) الإمام الرملي ، نهاية المحتاج : ٥/ ٢٣٩ .(٢) الإمام الرملي ، نهاية المحتاج : ٥/ ٢٣٩ ، النووي ، الروضة : ٥/ ١٤١ ، ابن قدامة ، المغني : ٥/ ٤٦ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات : ٢/ ٢٢٤ .(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع : ٨/ ٣٦٦٢ .(٤) ابن قدامة ، المغني : ٥/ ٤٧ ، شهاب الدين الدين الرملي ، نهاية المحتاج : ٥/ ٢٣٩ . القرافي ، الفروق : ٦/ ٩٢ .(٥) الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ص ٣٦٦٨ .(٦) الرملي ، نهاية المحتاج : ٥/ ٣٤٠ ، القرافى ، الفروق : ٦/ ٩٢ .." (١)

"وإذا رجعنا إلى الشروط التي اشترطها العلماء بالنسبة لعمليات الخلط بين أموال المضاربة ، والتخارج ، واسترداد جزء من رأس المال ، سيلاحظ الآتي :ﷺ أن جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة على الرأي بعدم جواز خلط الأموال في وعاء المضاربة بعد بدء النشاط فيها .ﷺ أن الحنابلة على الرأي بضرورة تقاضي الديون بالكامل (تنضيضها) قبل القسمة سواء تحقق ربح أم لم يتحقق . وأن الرأي عند الحنفية يقتضي الأمر بنض المال جميعه (عروض أو ديون) في حالة وجود ربح ، بحيث لا تصح القسمة إلا بذلك .ﷺ أنه لا خلاف بين المذاهب الأربعة في أن عامل المضاربة لا يملك الربح ملكا مستقرا (بما يخوله التصرف فيه) إلا بعد نض المال وقسمته بين **طرفي العقد** .ﷺ أن الرأي عند كل من الشافعية والمالكية يفيد أن تنضيض رأس المال وقسمته لا يشترط فيها تحول رأس المال بالكامل إلى نقد ، وإنما يمكن قسمة بعض الديون والعروض المتبقية ، في تاريخ الفسخ ، بين طرفي التعاقد بالتراضي بينهما ، وباستخدام فكرة الحوالة .وأخذا في الاعتبار لكل من الحقيقتين التاليتين :١- إن استخدام نظام النمر في

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٥٣٥٣

توزيع الربح يصبح غير ذي جدوى في حالة التقيد بشرط عدم خلط الأموال في وعاء المضاربة بعد بدء النشاط (وفقا لرأي جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة) ؛ لأن جميع أموال المشاركين في الوعاء يبدأ العمل فيها في تاريخ واحد ، فلا يحتاج التخارج أو توزيع الربح . في أي لحظة زمنية . إلى الاستعانة بهذا النظام .٢- إن ما يشترطه المذهب الحنفي لرفع عقد المضاربة وفسخه ، هو التنضيض الكامل لرأس المال بما فيه العروض والديون ، وهذا لا يمكن التوصل إليه من خلال ما يسمى بالتنضيض الحكمي للمال المعمول به حاليا في البنوك الإسلامية .____________." (١)

"هـ- إن البنوك الإسلامية في العصر الحالي ، لا قوة لها على استحداث شروط تتناقض مع الأحكام والمقاصد العامة للشريعة ، أو تغير من الشروط الأصلية والقواعد الشرعية الموروثة التي تحكم العلاقة بين طرفي عقد المضاربة . فلي في دين الله عز وجل ما يخول للشكل المؤسسي أو للصفة الاعتبارية مهما بلغ حجمها أو تعاظم شكلها ، حذف شروط يفرضها أي عقد من العقود الشرعية ، أو فرض شروط أخرى على العقود الشرعية ، التي يتعامل بها الناس في كل عصر ومصر ، بما يتنافى مع الأحكام والقواعد والمقاصد التي تفرضها الشريعة على هذا العقود . لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث بريرة ، الذي روته السيدة عائشة رضي الله عنها : (ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط) (١) .وعلى العكس من ذلك ، فإن القواعد والأحكام العامة التي تحكم إنشاء العقود في الإسلام ، لا تمانع من استحداث شروط جديدة قد يكون فيها مصلحة **لطرفي العقد** ، إذا لم تتعارض هذه الشروط مع مقتضى العقد ولا مع الأحكام والمقاصد العامة للشريعة الإسلامية .____________(١) الحديث صحيح ، وقد رواه البخاري (البيوع) ، مسلم (العتق) ، والنسائي (الطلاق) ؛ وابن ماجة (الأحكام) وأحمد (باقي سنن الأنصار) ؛ ومالك (العتق والولاء) .." (٢)

"ب – إن هناك قياسا مع الفارق الكبير بين تضمين الأجير المشترك وعامل المضاربة ، ويرجع ذلك للسببين التاليين :١- إن من أحد الشروط الأساسية لصحة القياس ، أن يكون الأصل المقيس عليه ثابت بالنص أو بالإجماع ، وذلك غير متوافر في حالتنا هذه ، لأن تضمين الأجير المشترك ، أو الصانع المشترك غير متفق عليه بين جمهور الفقهاء ، فالأجير المشترك يضمن عند الحنفية والحنابلة من غير تعد للمصلحة ، ولا يضمن عند مالك باستثناء حامل الطعام والطحان ، وللشافعي فيه قولان . كما أن الصانع المشترك

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٥٣٥٦

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٥٣٦٥

يضمن عند مالك ، والحنفية والمالكية ، وللشافعي فيه نفس القولين (١) .٢- إن الفرع المطلوب قياسه (عامل المضاربة) فيه اختلاف عن الأصل المقيس عليه (الأجير المشترك) : فمحل الضمان في حالة الأجير المشترك ، أو الصانع المشترك ، هو العين المطلوب بذل العمل فيها كالثياب المطلوب إصلاحها أو الطعام المطلوب إعداده . والأصل في هذا النوع من الأعين ألا تهلك في يد الأجير أو الصانع المشترك إلا بسبب تعد أو تقصير منهما . وهذا المعني لا يتوافر في حالة المضارب المشترك ، فمحل الضمان بالنسبة لحالته هو النقود ، والقصد فيها هو النماء وتحقيق الربح لمنفعة **طرفي العقد** من خلال أنشطة التجارة المختلفة وهذا المعنى له دلالة معينة ، وهي أنه يعكس في أغلب الظن حرص عامل المضاربة على تحقيق الربح ، لوجود مصلحة مشتركة بينه وبين صاحب رأس المال في هذا النشاط فيكون الأصل هو براءة الذمة وعدم افتراض التعدي ، وبالتالي لا يضمن إلا إذا ثبت عكس ذلك .وأخذا في الاعتبار لكل وجوه الاختلاف سالفة الذكر نستطيع القول بأن المطالبة بتضمين البنوك الإسلامية لأرصدة الحسابات الاستثمارية قياسا على تضمين الأجير المشترك ، لا يعدو إلا أن يكون قياسا فاسدا أو مع الفارق .________(١) انظر : ابن رشد ، بداية المجتهد ٢/ ٣٢٢ ، الماوردي ، الحاوي الكبير : ٩/ ٢٥٥ ، ابن قدامة المغني ، ص ٣٨٨ .." (١)

"٢- إن القول الذي قاله القاضي ابن زرب تصديقا لكلام ابن بشير وتلميذه ابن عتاب ، وذكر فيه جواز اشتراط الضمان على عامل المضاربة بعد العقد والتزامه به ، يختص بحالة التطوع بعد الشروع في العمل ، وهو يختلف تماما عن حالة التطوع قبل الشروع فيه ، لأن عقد المضاربة لا يلزم عند المالكية قبل الشروع فيه (١) . فإذا تطوع العامل بالضمان قبل الشروع في العمل أصبح ذلك كالشرط في العقد وهو مرفوض عند المالكية في المذهب ، أما إذا تطوع بعد الشروع فلا يصبح شرطا ، وليس فيه لزوما عليه (٢) ، وهو ما ينقض الاستنتاج الذي توصل إليه د . نزيه بأن ما يجوز الالتزام به بعد العقد ، يجوز الالتزام به في العقد .ويمكن الاستدلال على ذلك من أقوال القاضي ابن زرب نفسه ، فقد جاء في كتاب القواعد للإمام الونشريسي أن القاضي ابن زرب قال : (فلو تبرع بالضمان وطاع به بعد تمام الاكتراء لجاز ذلك ، قيل له : فيجب على هذا القول الضمان في مال القراض إذا طاع به قابضه بالتزام الضمان . فقال : إذا التزم الضمان طائعا بعد أن شرع في العمل فيما يبعد أن يلزمه)فيظهر من النص أمران ، أولا : تردد القاضي ابن زرب في إثبات الحكم على هذه الحالة ، وثانيا : اشتراطه أن يكون التطوع بالضمان بعد الشروع في العمل

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢٥٣٧٧/٢

(٣) .٣- الرد على الاقتراح بضمان الطرف الثالث (الشرط بفرض ضمان غير المباشر بتكوين صندوق خاص لتغطية مخاطر الاستثمار) :بمراجعة الشروط والقواعد الخاصة بعمل هذا النوع من الصناديق ، وفقا لما هو وارد باقتراح د . منذر ، نجد أنها تهدف إلى ضمان استرداد المساهم لأصل رأس ماله .ونقول وبالله التوفيق : إنه إذا كان الضامن والممول الأساسي للصندوق هو شركة من شركات القطاع الخاص المصدرة للسندات ، فإن ذلك يتنافى بوضوح مع مقتضى عقد القراض (المضاربة) لعدم جواز ضمان عامل المضاربة لأصل رأس المال ، ويؤدي إلى وقوع الربا ، حيث إن الأصل الذي تفرضه أحكام عقد المضاربة ، هو تقسيم الخسائر التي قد يبتلى بها المشروع المرتبط بهذا العقد إلى نوعين أساسيين :النوع الأول : هو خسائر ناتجة عن تقصير أو تعد من جانب عامل المضاربة (الشركة) . وهذا النوع يتحمله العامل بالكامل ، ولا يشاركه فيه صاحب رأس المال (صاحب الصك) .النوع الثاني : فهو خسائر خارجة تماما عن إرادة عامل المضاربة ، وناتجة عن غير تقصير أو تعد من جانبه ، كتقلب الأحوال الاقتصادية ، فهذا يتحمله صاحب الصك بالكامل .ـــــــــــــــــ(١) عقد القراض يعتبر عند المالكية من العقود غير اللازمة حتى يبدأ العامل في النشاط ، فيتغير حينئذ إلى عقد لازم ، لا يجوز فسخه من قبل أي من طرفي العقد ، ويورث بموت أحدهما ، وذلك على عكس القول عند سائر المذاهب الأخرى ، فيعتبر عندهم عقدا غير لازم من بدايته حتى نهايته ، ولا يورث ، انظر على سبيل المثال : ابن جزي ، القوانين الفقهية ، ص ١٨٦ .(٢) انظر : الإمام الرهوني ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ص ٣٢٣ - ٣٢٤ .(٣) انظر : الإمام الونشريسي ، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، ص ٣٠١ ، وانظر أيضا تعليق الرهوني في حاشيته على شرح الزرقاني لمختصر خليل ، ص ٣٢٣ . ٣٢٤ ، وكذا قول الإمام التسولي ، بتعين عدم لزوم غرم العامل في حالة تطوعه بعد الشروع في العامل ، البهجة في شرح التحفة . ٢/ ٣٥٨ .." (١)

"ومهما يكن من شيء فإن اعتماد التكييف الذي انتهينا اليه من شأنه تضييق دائرة الاختلاف حول ما يستحقه المصرف مقابل مشاركته في عملية المضاربة بوصفه أحد طرفي العقد عند انعقاده ، ذلك لأن تكييفنا يؤكد كونه مضاربا فصاحب حق في نسبة شائعة من الربح يتم الاتفاق عليها عند العقد ، وأما مختلف المسائل التي نسجت حول المضاربة المصرفية ، وأبرزت تلك المضاربة كأنها تختلف جملة وتفصيلا عن المضاربات التي كان يمارسها الناس في سالف الزمان فإنه لا بد من النظر إلى تلك المسائل بصورة منفصلة عن ماهية المضاربة وجوهرها .وإذ الأمر كذلك ، فإننا نصل بهذا التقرير إلى .كما أسلفنا .

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٥٣٨٤

نهاية تحقيقنا حول أثر تكييف العلاقة بين أطراف المضاربة الموسومة بالمضاربة المشتركة ، ولنتقل بعد هذا إلى تحقيق القول في عدد من المسائل الهامة التي نسجت حول هذه المضاربة واعتبرت . على حين غرة . أسبابا لإيجاد هذا الشكل من المضاربة الموسومة بالمضاربة المشتركة في هذا العصر! .______________" (١)

"ذهب بعض الفقهاء إلى أن التضخم النقدي الطارئ على الأوراق النقدية يعتبر جائحة من الجوائح التي تصيب الأموال(١).واختار هذا التخريج المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عام ١٤٠٢هـ، ولكنه قيده بما إذا كان التضخم النقدي غير متوقع، ويترتب عليه خسائر جسيمة غير معتادة في العقود الطويلة الأجل(٢).واحتج القائلون بهذا التخريج بعدة أوجه:أولا: عموم قول جابر – رضي الله عنه –: إن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر بوضع الجوائح(٣). فإن الجوائح لا تختص الثمار فقط، بل تشمل أيضا النقص في سائر عقود المعاوضات(٤).ثانيا: أن التضخم النقدي يشارك الجائحة في أن أحد طرفي العقد قد حصل مقصوده، والآخر متضرر بالنقص الحاصل من جراء التضخم النقدي(٥).ثالثا: أن التضخم النقدي يشارك الجائحة في كون الضرر الحاصل والنقص الداخل على أحد طرفي العقد لا يمكن دفعه، ولا يد لهـ في حصوله(٦).ويناقش هذا التخريج بأمرين:____________(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٩/٢/٤٤٦، ٦٢٥)، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، حكم الشرع في تعديل ما ترتب بذمة المدين، للشيخ عبد الله بن بيه، العدد (٣٠)، ص (٣٩).(٢) ينظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي (٦/٨/٣٤١).(٣) رواه مسلم، كتاب المساقاة ، باب وضع الجوائح، رقم (١٥٥٤).(٤) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٠/٢٦٦).(٥) ينظر: مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ، حكم الشرع في تعديل ما ترتب بذمة المدين، للشيخ عبد الله بن بيه، العدد (٣٠)، ص (٤٠).(٦) ينظر: مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ، حكم الشرع في تعديل ما ترتب بذمة المدين، للشيخ عبد الله بن بيه، العدد (٣٠)، ص (٤٠).." (٢)

"أولا: أن هناك فرقا بين الجوائح في الأموال وبين التضخم النقدي الذي يصيب الأوراق النقدية، حتى على القول بأن الجوائح لا تختص الثمار. وهو أن النقص في الجوائح داخل على عين المعقود عليه مباشرة أو على ما يؤثر فيها. ثم إن غاية ما في وضع الجوائح رجوع كل طرف بالذي له. أما التضخم النقدي ففيه

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/٢٠٤٢٥

(٢) التضخم النقدي في الفقه الاسلامي، ص/١٠٧

تضرر أحد طرفي العقد بأمر خارج، وهو رخص النقود الثابتة في الذمة، فلا يعد ذلك جائحة؛ لأن انحطاط سعر العين بعد العقد عليها لا يثبت به شيء لمن انتقلت إليه بالعقد(١).ثانيا: أن وضع الجوائح لا يتضمن الإضرار بأحد المتعاقدين لأجل حفظ مصلحة الآخر، بل الذي يقصد منه هو عدم أخذ المال بغير حق. ولذلك قال النبي – صلى الله عليه وسلم – في حديث وضع الجوائح: ((بم تأخذ مال أخيك بغير حق))(٢). أما اعتبار التضخم النقدي الطارئ على الأوراق النقدية جائحة فيتضمن إلحاق الضرر بأحد طرفي العقد لتخفيفه عن الآخر، ومن القواعد الفقهية المشهورة أن الضرر لا يزال بضرر(٣)، فليست مراعاة حق أحد العاقدين أولى من الآخر(٤).وقد اختلف القائلون بهذا التخريج في نسبة التضخم النقدي التي يعد بها من الجوائح على أربعة أقوال(٥):ـــــــــــــــــ(١) ينظر: إعلام الموقعين (٢/٣٣٩).(٢) رواه مسلم، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، رقم (١٥٥٤)، من حديث جابر – رضي الله عنه –.(٣) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٩٦)، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٧٦).(٤) ينظر: حاشية الرهوني (٥/١٢١).(٥) تنبيه: أصل هذا الخلاف مبني على الخلاف في مقدار الجائحة التي يثبت لها حكم الوضع،...وقد اختلفوا في ذلك على قولين: == ...الأول: يوضع قليل الجائحة و كثيرها....الثاني: لا توضع الجائحة إلا إذا بلغت الثلث....[ينظر: الجوائح وأحكامها ص (٢١٢-٢١٣)].." (١)

"القول الخامس: أنه إذا كان التضخم النقدي مفاجئا مفرطا، تغيرت به تكاليف وأسعار العقود الممتدة المتراخية التنفيذ تغيرا كبيرا، يحصل به ضرر كبير على الملتزم بالتنفيذ دون أن يكون منه إهمال أو تقصير، فإن للقاضي في هذه الحال تعديل الالتزامات العقدية، بحيث تتوزع الخسارة على طرفي العقد. كما يجوز للمتضرر أن يفسخ العقد فيما إذا لم يتم تنفيذه، إن رأى الملتزم في الفسخ مصلحة له، ويعطى الملتزم له تعويضا عن الضرر الحاصل بالفسخ.وهذا ما انتهى إليه المجمع الفقهي الإسلامي بمكة في دورته الخامسة(١).القول السادس: عدم ترجيح قول معين في مسألة وفاء الدين على اختلاف أنواعه، بل تعالج كل مشكلة تنشأ عن التضخم النقدي على حدة، ويتحرى القاضي العدالة في حلها.وهذا قول الدكتور محمد شبير(٢).أدلة القول الأولاستدل أصحاب هذا القول بعدة أدلة أبرزها ما يأتي(٣):أولا: أن انخفاض القوة الشرائية التبادلية للنقود الورقية يعد عيبا فيها؛ إذ القوة الشرائية التبادلية للنقود بمثابة الروح للبدن، منها تستمد النقود الورقية قدرتها على أداء جميع وظائفها. فنقصانها عيب مؤثر يحول دون إلزام الدائن بها؛ لكونها بعد نقص قيمتها الشرائية دون حقه الذي رضي به في العقد.ثانيا: أن الواجب في الديون بذل مثل

---

(١) التضخم النقدي في الفقه الاسلامي، ص/١٠٨

ما ثبت في الذمة، وانخفاض القيمة التبادلية للنقود الورقية يفوت ذلك؛ لأن المالين إنما يتماثلان إذا استوت قيمتاهما، فمع انخفاض القيمة الشرائية التبادلية للنقود لا تتحقق المماثلة في الواقع؛ لنقص مالية الأوراق النقدية، فتجب القيمة للدائن.__________(١) ينظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي (٣٤١/٨).(٢) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ص (١٩٨).(٣) غالب أدلة هذا القول هي أدلة القائلين بوجوب رد قيمة الفلوس عند رخصها، ينظر: ص (١٢٢-١٢٤).." (١)

"أولا: أن من أهم مقاصد الشريعة في باب المعاملات والتجارات إقامة العدل ومنع الظلم، كما دلت عليه نصوص الكتاب، والسنة(١)، وإجماع أهل العلم(٢). وفي إيجاب رد مثل ما ترتب في ذمته من الدين، وإيجاب المضي في الالتزامات التعاقدية، دون اعتبار لما طرأ من نقص في القيمة الشرائية التبادلية للنقود إغفال لهذا الأصل الذي لا تستقيم معاملات الناس إلا به؛ لأن رد المثل في الديون بعد التضخم النقدي الكثير لا يتحقق به العدل الواجب؛ إذ المثلية منتفية في الحقيقة، وإن تحققت في الصورة. كما أن تغير القيمة عن وقت التعاقد تغيرا كبيرا يؤدي إلى ظلم أحد طرفي العقد بما لم تجر العادة بمثله، مما يستوجب تعديل الالتزام بما يحقق العدل وتحصل به مصلحة الطرفين(٣).يناقش هذا: بأن في رد القيمة وتعديل ثمن العقود الممتدة عند انخفاض القيمة الشرائية التبادلية للنقود انخفاضا كبيرا ظلما للمدين والملتزم له؛ أما المدين فيلزم برد أكثر مما أخذ، وأما الملتزم له فإنه يلزم بثمن زائد على ما تم عليه التعاقد لم يكن قد رضيه، وفي هذا ظلم له(٤)، وفيه تفويت للرضا الذي جعله الله شرطا لإباحة التجارات على اختلاف أنواعه كما في قول الله – عز وجل –: ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (٥).__________(١) ينظر: الحوافز التجارية التسويقية وأحكامها في الفقه الإسلامي ص (٢٧-٣٠).(٢) ينظر: مراتب الإجماع ص (٦٧).(٣) ينظر: البيان الختامي، التوصيات والمقترحات، للدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي ص (٤)، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي (٣٤١/٨).(٤) ينظر: الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي ص (٣٦٣).(٥) سورة النساء، من آية: (٢٩).." (٢)

"ومن تلك النظائر:الأول: فسخ عقد الإجارة إذا تعذر استيفاء المنفعة بسبب الطوارىء العامة:كالحرب، والخوف العام، وما أشبه ذلك(١). بل ذهب الحنفية إلى جواز الفسخ بالأعذار الخاصة كعجز أحد العاقدين عن المضي في موجب عقد الإجارة إلا بتحمل ضرر زائد(٢). كما ذهب شيخ الإسلام

---

(١) التضخم النقدي في الفقه الاسلامي، ص/١٦١

(٢) التضخم النقدي في الفقه الاسلامي، ص/١٦٧

ابن تيمية إلى أنه إذا نقصت المنفعة المعقود عليها فإنه ينقص من الأجرة بقدر ما نقصت المنفعة(٣).الثاني: تعديل العقود على الثمار بسبب الجوائح التي جاء الأمر بوضعها، وذلك بإسقاط ما يقابل الهالك من الثمار من ثمن العقد(٤).ثانيا: أن انخفاض القيمة الشرائية التبادلية للنقود إذا كان كبيرا مفاجئا فإنه سيلحق ضررا كبيرا بأحد **طرفي العقد**. ومن القواعد الفقهية أن الضرر يزال، وطريق إزالته هنا هو بتعديل العقد بما يتناسب مع التغير في قيمة النقود، ويوزع الخسارة على الطرفين(٥).أدلة القول السادسحجة هذا القول تعارض أدلة القول بوجوب رد المثل مع أدلة القول بوجوب رد القيمة. ((فالقول برد المثل يؤدي إلى تضييع أموال الناس وإلحاق الظلم بهم، والقول برد القيمة يؤدي إلى تحطيم النقود الإلزامية،وحل الربا الذي تتعامل به البنوك الربوية، وغير ذلك))(٦).الترجيح__________(١) ينظر: بدائع الصنائع (١٩٦/٤)، الفواكه الدواني (١١٥/٢)، نهاية المحتاج (٢٤٨/٤، ٣٢٣/٥)، كشاف القناع (٤١٣/٣، ١٤/٤)، المحلى (١٨٧/٨).(٢) ينظر: المبسوط (١٥٩/١٥)، البحر الرائق (٤٠/٨).(٣) ينظر: مجموع الفتاوى (١٥٣/٣٠، ٢٨٩)، الاختيارات للبعلي ص (٢٦٢).(٤) ينظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي (٣٣٨/٨).(٥) ينظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي (٣٣٩/٨-٣٤٠).(٦) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور شبير ص (١٩٨).." [١]

"المسألة الثالثة: اتفاق المتعاقدين على مراعاة التضخم النقدي عند إنشاء الدينتعد الأوراق النقدية من أكثر أنواع النقود التي تعامل بها الناس تعرضا لتقلب قيمتها وتغيرها، حتى صار التضخم النقدي بمعدلاته المتفاوتة المختلفة وصفا ملازما للأوراق النقدية قل أن تسلم منه. ولا ريب أن هذا يؤثر على التعاملات الجارية بهذه العملات.ويظهر أثر التضخم النقدي جليا في المدفوعات المؤجلة بأنواعها: من الديون، والقروض، والبيوع الآجلة، والعقود الممتدة، وغير ذلك، حيث تختلف القيمة الشرائية التبادلية للنقود لهذه المدفوعات، فتنقص قيمتها في يوم الوفاء عنها في يوم عقدها والالتزام بها. ولذلك فقد اقترح الاقتصاديون وسائل متعددة لتخفيف آثار التضخم النقدي على المدفوعات المؤجلة.ومن تلك الوسائل التي يقصد من ورائها تخفيف آثار التضخم النقدي على المدفوعات المؤجلة: اتفاق المتعاقدين على مراعاة التضخم النقدي عند إنشاء الدين، بحيث تحفظ القيمة الشرائية التبادلية للنقود للمدفوعات المؤجلة من النقص.وطريقة ذلك أن يتضمن العقد شرطا يضمن به المدين أو من عليه الحق ما يطرأ من نقص في القيمة التبادلية للنقود الورقية التي جرى عليها التعاقد. وهذه الطريقة تعرف في علم الاقتصاد بالربط القياسي.

---

(١) التضخم النقدي في الفقه الاسلامي، ص/١٧٤

وسأتناولها في الباب الثالث بالبيان والتفصيل، سواء كان التضخم النقدي متوقعا أو غير متوقع(١).ومما ينبه إليه في مسألة اتفاق **طرفي العقد** على مراعاة التضخم النقدي عند إنشاء الدين: بيان الفرق بينها وبين ما سبق بحثه في مسألة إيجاب القيمة في الديون والقروض والمدفوعات المؤجلة، إذا طرأ التضخم النقدي.____________(١) ص (٢٦١).." (١)

"وهذه الفروق تتلخص في النقاط التالية(١):أولا: أن مسألة اتفاق **طرفي العقد** مبنية على أساس الاشتراط في العقد، أما مسألة إيجاب القيمة فلا اشتراط فيها، بل هي معالجة واقع حال قائمة لم تضبط بشروط عقدية.ثانيا: أن مسألة اتفاق **طرفي العقد** يعوض فيها الدائن مهما كانت نسبة انخفاض القيمة الشرائية التبادلية للنقود، أما مسألة إيجاب القيمة فلا يعوض نقص القيمة التبادلية إلا إذا كان يلحق الدائن والمستحق به ضرر بين.ثالثا: أن مسألة اتفاق **طرفي العقد** يدفع فيها ضرر التضخم النقدي بالاشتراط، أما مسألة إيجاب القيمة فيدفع فيها ضرر التضخم النقدي من طريق التحكيم والقضاء.المسألة الرابعة: أثر المماطلة في وفاء الدين إذا طرأ التضخم النقديتقدم في بحث مسألة أثر التضخم النقدي في وفاء الديون أن من الفقهاء من ذهب إلى أن المماطلة في وفاء الدين توجب على المماطل رد قيمة الدين، فيما إذا طر أ التضخم النقدي أو زادت نسبته(٢).واستدلوا لذلك بثلاثة أدلة:أولا: قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: ((مطل الغني ظلم)).ثانيا: قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: ((لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته)).ثالثا: القياس على ضمان الوديعة فيما إذا تعدى القابض لها، وكذا القياس على ضمان الغاصب منافع المغصوب.وقد تقدم بيان هذه الأدلة وما ورد عليها من مناقشات(٣).وتبين مما تقدم أن القائلين بوجوب أداء قيمة ما ثبت في الذمة إذا طرأ التضخم النقدي لم يعتبروا المماطلة شرطا لذلك، وأن القائلين بوجوب أداء المثل مطلقا لم يعتبروا للمماطلة أثرا.____________(١) ينظر: ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار، وقائع ندوة عام ١٤٠٧هـ، ص (٢٣١)، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، وجهة نظر في تغير قيمة النقود، عبد الجبار السبهاني، العدد (١١)، ص (٤٥).(٢) ص (١٩٤-١٩٥).(3) ص(١٩٨).." (٢)

"ثالثا: أن الربط القياسي بمستوى الأسعار من المعايير يفضي إلى الغرر والجهالة في أثمان العقود المؤجلة الدفع، وذلك لأن كلا من البائع والمشتري لا يدري مقدار ما يجب دفعه عند حلول الأجل، فيدخل

---

(١) التضخم النقدي في الفقه الاسلامي، ص/١٧٦

(٢) التضخم النقدي في الفقه الاسلامي، ص/١٧٧

ذلك فيما نهى عنه النبي – صلى الله عليه وسلم – من بيع الغرر(١). وعملية الربط القياسي بمستوى الأسعار شبيهة بالبيع بسعر السوق في وقت مستقبل، وهو ممنوع عند جميع الفقهاء(٢).يناقش هذا بما يأتي:الأول: أنه لا غرر في الثمن، بل هو معلوم **لطرفي العقد**، والعمل بالربط القياسي بمستوى الأسعار ما هو إلا وسيلة وأداة لتثبيت القيمة الحقيقية للثمن.الثاني: أنه على التسليم بأن الربط القياسي يفضي إلى نوع غرر في أثمان العقود المؤجلة الدفع فليس كل غرر يوجب التحريم، إذ لا تكاد تخلو معاملة من شيء من الغرر، ولذلك ذكر العلماء أوصافا للغرر الذي يتسامح فيه ولا يؤثر منعا. فمن ذلك أن تدعو حاجة الناس إلى معاملة فيها غرر لو تركها الناس لتضرروا في الحال أو المآل(٣)، فهنا يغتفر ما في المعاملة من غرر إزاء ما يندفع به عن الناس من ضرر بسبب اضطراب قيمة الأوراق النقدية وتذبذبها(٤).__________(١) رواه مسلم في كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، رقم (١٥١٣)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، ولفظه: ((نهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر)).(٢) ينظر: ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار، وقائع ندوة عام ١٤٠٧هـ ص (١٧٣)، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية ص (٣٣٠)، البيان الختامي للدورة الثانية عشرة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي، التوصيات والمقترحات، ص (٣)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥١٠/٣/٨، ٦٣٣).(٣) ينظر: بداية المجتهد (١٧٥/٢)، المجموع شرح المهذب (٢٥٨/٩)، مجموع الفتاوى (٢٢٧/٢٩).(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥٣٦/٣/٨–٦٣٦).." (١)

"ولكن النظرية تقوم على افتراض آخر لا يكون فيه تنفيذ الالتزام مستحيلا بل ممكنا، وإنما يؤدي إلى إرهاق المدين وتهديده بخسارة فادحة تخرج عن حد المألوف، كارتفاع أسعار السلعة التي تعهد التاجر بتوريدها ارتفاعا فاحشا(١). وفي هذه الحال ((تقول نظرية الحوادث الطارئة: لا ينقضي التزام المدين؛ لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة، ولا يبقى التزامه كما هو لأنه مرهق، ولكن يرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطيق المدين تنفيذه))(٢)، ولو كان المدين لا يطيقه إلا بمشقة، لكن من غير إرهاق.((فالفكرة الأساسية في نظرية الظروف الطارئة أنها وسيلة قانونية لإعادة التوازن بين التزامات **طرفي العقد** بعد أن اختل ذلك التوازن اختلالا شديدا بينهما بحيث أصبح التزام المدين لا يتناسب مطلقا مع التزام الدائن، ويحقق خسائر شديدة للمدين إذا نفذ الالتزام كما نص عليه في العقد))(٣).المبحث الثاني: التكييف الفقهي لتفعيل نظرية الظروف الطارئة وحكمهنظرية الظروف الطارئة: هي إحدى النظريات القانونية

---

(١) التضخم النقدي في الفقه الاسلامي، ص/٢٣٦

المشهورة التي تناولها الباحثون في القانون بالشرح والبيان، ولم يتطرق لها الفقهاء بالدراسة والبحث بهذا الاسم فيما اطلعت عليه.______________(١) نظرية الظروف الطارئة ص (١-٢).(٢) الوسيط في شرح القانون المدني (٨٥٣/١-٨٥٤).(٣) القواعد القانونية العربية والدولية للقوة القاهرة والظروف الطارئة ص (٩٦).." (١)

"ويتبين وجه تحقيق العدل في تفعيل نظرية الظروف الطارئة في حل ما يترتب على التضخم النقدي من اختلال العلاقات التعاقدية بأنه بمقتضى هذه النظرية يعاد التوازن بين التزامات **طرفي العقد** بما يحقق العدل وتحصل به مصلحة الطرفين. إذ إن في إيجاب رد مثل ما ترتب في ذمة المدين في هذه العقود، دون اعتبار لما طرأ من نقص في القيمة التبادلية للنقود إغفالا للعدل الذي لا تستقيم معاملات الناس إلا به؛ لأن تغير القيمة عن وقت التعاقد تغيرا كبيرا يؤدي إلى ظلم أحد **طرفي العقد** بما لم تجر العادة بمثله، مما يستوجب تعديل الالتزام بما يحقق العدل وتحصل به مصلحة الطرفين.ثانيا: أن نظرية الظروف الطارئة وسيلة من وسائل تحقيق الرضا الذي جعله الله شرطا لإباحة التجارات كما في قول الله – عز وجل –: ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (١). وذلك أن العوض في العقود والالتزامات الآجلة ليس هو العوض الذي رضي به مستحقه قبل انخفاض القيمة التبادلية للنقود الورقية، فإلزامه به بعد ما طرأ من نقص في قيمته إلزام له بما لم يرض، وفي هذا تفويت للرضا الذي هو شرط إباحة التجارات.ثالثا: قول النبي – عليه السلام –: ((لا ضرر، ولا ضرار))(٢)______________(١) سورة النساء، من آية: (٢٩).(٢) رواه أحمد رقم (٢٣١٥٩)، وابن ماجه في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم (٢٣٤٠-٢٣٤١)، كلاهما عن عبادة بن الصامت، وابن عباس - رضي الله عنهم .....فأما حديث عبادة فضعفه ابن حجر في الدراية (٢٨٢/٢)، والبوصيري في مصباح الزجاجة (٢٢١/٢) بالانقطاع....وأما حديث ابن عباس فقد ضعفه ابن عبدالبر في التمهيد (١٧٥/٢٠)، والبوصيري في مصباح الزجاجة (٢٢٢/٢)....والحديث له طرق كثيرة قد استوعبها الزيلعي في نصب الراية (٣٨٤/٤-٣٨٦)، والألباني في إرواء الغليل (٤٠٨/٣، ٤١٣)، ومع تعدد هذه الطرق إلا أن ابن حزم قال عنه في المحلى (٢٤١/٨): ((هذا خبر لم يصح قط)). هذا من حيث السند....أما من حيث المعنى فقد قال بعد تضعيفه: ((إلا أن معناه صحيح)). وكذلك قال عنه ابن عبدالبر في التمهيد (١٧٥/٢٠) بعد الكلام على بعض طرقه: ((وأما معنى الحديث فصحيح في الأصول)). وقد

---

(١) التضخم النقدي في الفقه الاسلامي، ص/٢٤٩

حسنه النووي في المجموع شرح المهذب (٢٣٨/٨)، وكذلك في الأربعين النووية، وابن رجب في جامع العلوم والحكم (٢٠٩/٢)، ونقل عن أحمد وأبي داود وابن الصلاح قبوله. وقال عنه المناوي في فيض القدير (٢١٠/٢): ((وله طرق يقوي بعضها بعضا)). وقال العلائي : ((للحديث شواهد ينتهي مجموعها إلى درجة الصحة والحسن المحتج به))..." (١)

"وقال الهيتمي عند ذكر ما تنفسخ به الإجارة: ((والأصح أنها تنفسخ بانهدام الدار كلها، ولو بفعل المستأجر؛ لزوال الاسم، وفوات المنفعة قبل الاستيفاء)).وقال أيضا: ((تعطل الرحا بانقطاع مائها والحمام لنحو خلل أبنيتها أو نقص ماء بئرها يفسخها)).ثم ذكر الهيتمي نظائر لهذا في فقه الشافعية فقال: ((منها: قولهم: لو عرض أثناء المدة ما ينقص المنفعة كخلل يحتاج لعمارة وحدوث ثلج بسطح حدث من تركه عيب ولم يبادر المؤجر لإصلاحه تخير المستأجر، وقولهم: لو اكترى أرضا فغرقت وتوقع انحسار الماء في المدة تخير وغير ذلك))(١).وقال في بيان ما تنفسخ به الإجارة: ((وحدوث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذي فيه العين المؤجرة أو حصر البلد؛ فامتنع خروج المستأجر إلى الأرض المؤجرة للزرع؛كغصب فللمستأجر الخيار)).وقال أيضا: ((ولو اكترى دابة ليركبها أو ليحمل عليها إلى موضع معين، فانقطعت الطريق إلى جهة ذلك الموضع لخوف حادث، أو اكترى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق ملك كل من المؤجر والمستأجر فسخ الإجارة))(٢).الثاني: تعديل العقود على الثمار إذا أصابتها جائحة؛ لقول جابر – رضي الله عنه –: أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – بوضع الجوائح(٣)، ويحصل ذلك بإسقاط ما يقابل الهالك من الثمار من ثمن العقد.وبهذه الأدلة يتبين صحة اعتبار نظرية الظروف الطارئة في معالجة ما يترتب على التضخم النقدي من اختلال العلاقات التعاقدية، وتعديل الالتزامات والحقوق الآجلة. لكن ينبغي أن يقيد ذلك بالتضخم النقدي غير المتوقع الذي يحصل به اختلال في الالتزام يتضرر به أحد طرفي العقد، وذلك في حال كون التضخم النقدي جامحا أو متسارعا.____________(١) تحفة المحتاج شرح المنهاج (١٩١/٦-١٩٢).(٢) مطالب أولي النهى (٦٦٤/٣).(٣) تقدم تخريجه ص (١٣٥).." (٢)

"وفيما يلي نص ما انتهى إليه مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الخامسة عام ١٤٠٤هـ: ((ففي ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة التي تنير طريق الحل الفقهي السديد في هذه

(١) التضخم النقدي في الفقه الاسلامي، ص/٢٥١

(٢) التضخم النقدي في الفقه الاسلامي، ص/٢٥٤

القضية المستجدة الأهمية يقرر الفقه الإسلامي ما يلي:في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد، والتعهدات، والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييرا كبيرا بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير وإهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحالة عند التنازع وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانبا معقولا من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعا رأي أهل الخبرة الثقات.ويحق للقاضي أيضا أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيرا بهذا الإمهال.هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقا للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعا للضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لا يد له فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها، والله ولي التوفيق))(١).ـــــــــــــ(١) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي (٣٤١/٨-٣٤٢).." (١)

"من أبرز الآثار التي تنتج بسبب التضخم النقدي اختلال العلاقات التعاقدية سواء عقود المداينات أو العقود المستمرة كالإجارات الطويلة، وعقود المقاولات والتوريد، وما أشبهها. وذلك أن التضخم النقدي سبب لانخفاض قيمة النقود التبادلية التي تم التعاقد عليها مما يؤدي إلى تضرر أحد طرفي العقد، فينشأ عن ذلك منازعات بين المتعاقدين.فيحتاج الناس في حسم تلك المنازعات وقطع ما ينشأ من خصومات إلى القضاء؛ لفصل ما وقع من ذلك وقطعه.فحقيقة التسوية القضائية: هي تقويم المال بفصل الخصومة وحسم المنازعة. وذلك بأن ينظر القاضي فيما شجر بين المتعاقدين من نزاع واختلاف بسبب انخفاض قيمة النقود الشرائية التبادلية.وللقاضي في فصل تلك الخصومات طريقان:الطريق الأول: دعاء المتخاصمين إلى الصلح. وذلك بأن يدعوهما القاضي إلى المصالحة والتراضي بما يقطع النزاع بينهما، فيتحمل كل طرف جزءا من الضرر المترتب على تغير قيمة النقود، فيوزع الفرق الناشئ عن التضخم النقدي بين المدين والدائن بحيث لا يستقل أحدهما بالضرر(١).الطريق الثاني: قطع الحكم بينهما وإبرام القضاء. وذلك بأن يصدر

---

(١) التضخم النقدي في الفقه الاسلامي، ص/٢٥٥

القاضي حكما لازما للمتخاصمين يتحرى فيه العدل والصواب بحيث يوزع الضرر الناتج عن التضخم النقدي بين المدين والدائن(٢).ــــــــــــــــــــــ(١) ينظر: البيان الختامي، التوصيات والمقترحات، للدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي ص(٢).(٢) ينظر: البيان الختامي، التوصيات والمقترحات، للدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي ص(٣)، مختارات من قرارات المجمع الفقهي الإسلامي ص (٢).." (١)

"وقد أوصى به أيضا البيان الختامي للندوة الفقهية الاقتصادية لدراسة قضايا التضخم النقدي في الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي(١)، وقد ذكره جماعة من الباحثين(٢).واللجوء إلى القضاء لحل المشكلات المترتبة على التضخم النقدي قد يكون ضرورة. وذلك فيما إذا تعذر الصلح بين **طرفي العقد**. فإن القضاء إنما شرع لفصل الخصومات ورفع المنازعات على وجه الإلزام للمتخاصمين بما ينتهي إليه القاضي(٣). ومع توفر هذه الميزة في الرجوع إلى القضاء، وهي حسم الخصومة وقطعها على وجه الإلزام إلا أن من الباحثين من لم يره طريقا عمليا ناجعا لحل المشكلات المترتبة على التضخم النقدي؛ للوجهين التاليين:أولا: أن تعديل قيمة الديون والمدفوعات الآجلة فيما إذا نقصت القيمة التبادلية للنقود الورقية التي جرى بها التعاقد مخالف لما ذهب إليه جمهور الفقهاء من وجوب رد المثل في الديون والمدفوعات المؤجلة(٤).يناقش هذا: بأن القضاء وسيلة لفض النزاع بين الناس سواء ذهب القاضي إلى القول برد القيمة أو القول برد المثل. فالرد إلى القضاء خير من بقاء المنازعات وقيام الخصومات.ثانيا: أن الرد إلى القضاء لا يصلح وسيلة لحل ما يترتب على التضخم النقدي من مشكلات ومنازعات، وذلك للأمور التالية:ــــــــــــــــــــــ(١) ص (٣).(٢) ينظر: آثار التضخم على العلاقات التعاقدية ص (٢٦)، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي (٧٤٠/٢/٩)، مجلة جامعة عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، وجهة نظر في تغير قيمة النقود، عبد الجبار السبهاني، العدد (١١)، ص (٤٥).(٣) ينظر: شرح فتح القدير (٨٨/٨)، الخرشي على مختصر خليل (١٥١/٧، ٢٣٠).(٤) ينظر: آثار التضخم على العلاقات التعاقدية ص (٢٨).." (٢)

"الخمسون: الربط القياسي بعملة أو بسلة عملات فيه للفقهاء المعاصرين قولان أرجحهما جواز ربط الديون والقروض والمدفوعات المؤجلة بعملة أو بسلة عملات.الحادي والخمسون: الربط القياسي بسعر الفائدة لتثبيت قيمة الديون والقروض، وتكاليف العقود الممتدة وغيرها غير جائز.الثاني والخمسون: نظرية الظروف الطارئة: هي إحدى النظريات التي تعنى بمعالجة وتعديل العقود المتراخية التنفيذ في الأحوال

---

(١) التضخم النقدي في الفقه الاسلامي، ص/٢٥٧

(٢) التضخم النقدي في الفقه الاسلامي، ص/٢٦٢

المفاجئة والحوادث غير المتوقعة. فالفكرة الأساسية في نظرية الظروف الطارئة أنها وسيلة قانونية لإعادة التوازن بين التزامات طرفي العقد بعد أن اختل ذلك التوازن اختلالا شديدا بينهما بحيث أصبح التزام المدين لا يتناسب مطلقا مع التزام الدائن، ويحقق خسائر شديدة للمدين إذا نفذ الالتزام كما نص عليه في العقد.الثالث والخمسون: أول من حاول تلمس أصول لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي هو الدكتور عبد السلام الترمانيني في كتابه نظرية الظروف الطارئة. وقد قام مجمع الفقه الإسلامي بدراسة هذه النظرية في دورته الخامسة وانتهى إلى اعتبار الظروف الطارئة في تعديل الالتزامات والحقوق في العقود المتراخية التنفيذ كعقد التوريد. والذي يظهر أنه لا مانع من توسيع دائرة إعمال نظرية الظروف الطارئة وتفعيلها حتى فيما يتعلق بوفاء الديون.الرابع والخمسون: التسوية القضائية هي تقويم المال بفصل الخصومة وحسم المنازعة. وذلك بأن ينظر القاضي فيما شجر بين المتعاقدين من نزاع واختلاف بسبب انخفاض القيمة الشرائية التبادلية للنقود. إلا أنه لا يسوغ اللجوء إلى التسوية القضائية لحل الاختلال في العلاقات التعاقدية الناتجة عن التضخم النقدي إلا على القول بأن الواجب للدائن فيما إذا طرأ تضخم نقدي قيمة ما ثبت من الأوراق النقدية في ذمة المدين.." (١)

"الخامس والخمسون: اللجوء إلى القضاء لحل المشكلات المترتبة على التضخم النقدي قد يكون ضرورة. وذلك فيما إذا تعذر الصلح بين طرفي العقد. فإن القضاء إنما شرع لفصل الخصومات ورفع المنازعات على وجه الإلزام للمتخاصمين بما ينتهي إليه القاضي.السادس والخمسون: التسعير إجراء من قبل الجهات ذات الاختصاص بتقدير الأسعار وإلزام أهل الأسواق بأن لا يبيعوا إلا بالسعر المحدد، فيمنعون من الزيادة عليه تحقيقا لمصلحة عامة. ويراعى في ذلك ما يعرف في علم الاقتصاد بقانون العرض والطلب.السابع والخمسون: يجوز استعمال التسعير في معالجة آثار التضخم النقدي، والسيطرة عليه، وتحقيق العدالة الاجتماعية بإنصاف الفئات الأكثر تضررا من الاختلال الناتج عن التضخم النقدي. وذلك لكون التسعير يمنع ارتفاع أسعار السلع والخدمات الأساسية التي يقوم عليها معاش الناس. كما أنه يعمل على طمأنة المستهلك من توالي ارتفاع المستوى العام للأسعار.الثامن والخمسون: يجوز تأخير إخراج الزكاة عن وقتها إذا اقتضى ذلك حاجة أو مصلحة حتى على القول بوجوب إخراج الزكاة على الفور. ومن ذلك تأخير إخراج الزكاة لمعالجة آثار التضخم النقدي، لكن يجب ملاحظة أمرين: الأول: أن لا تطول مدة تأخير إخراج الزكاة. الثاني: أن يكون تأخير إخراج الزكاة بترتيب من ولاة الأمر وجهات حكومية تقريرا

---

(١) التضخم النقدي في الفقه الاسلامي، ص/٤٧٣

وتنفيذا.التاسع والخمسون: يجوز توجيه أموال الزكاة سواء التي تتولى الدولة جمعها وصرفها، أو التي يخرجها أهلها إلى الأصناف التي لا يتسبب صرف الزكاة إليها في زيادة الإنفاق الاستهلاكي الذي يفضي إلى ارتفاع معدل التضخم النقدي كمصرف: الغارمين، وفي سبيل الله.." (١)

" السلم – بفتح السين واللام – اسم مصدر لأسلم ومصدره الحقيقي الإسلام ومعناه في اللغة : استعجال رأس المال وتقديمه ويقال للسلم سلف لغة إلا أن السلم لغة أهل الحجاز والسلف لغة أهل العراق . على أن السلف أعم من السلم لأنه يطلق على القرض . فالسلف يستعمل على وجهين :

أحدهما : القرض الذي لا منفعة فيه للمقرض سوى الثواب من الله تعالى وعل المقترض رده كما أخذه على ما سيأتي بيانه

والثاني : هو أن يعطي ذهبا أو فضة في سلعة معلومة إلى امد معلوم بزيادة في السعر الموجود عند السلف وفي هذا منفعة للمسلف . والوجه الثاني : هو الذي يقال له سلم

والسلف اسم مصدر أسلف ومصدره الحقيقي إسلاف . ويقال أيضا سلفه ومصدره التسليف

أما تعريفه اصطلاحا عند الشرعيين ففيه تفصيل المذاهب

(الشافعية – قالوا : السلم بيع شيء موصوف في ذمة بلفظ سلم ك أن يقول : أسلمت غليك عشرين جنيها مصرية في عشرين إردبا من القمح الموصوف بكذا على أن أقبضها بعد شهر مثلا

أما إن كان بلفظ البيع كأن قال : بعني عشرين إردبا من القمح الموصوف بكذا أقبضها بعد مدة معينة بعشرين جنيها ففيه خلاف : فبعضهم يقول : إنه بيع فيصح فيه ما يصح في البيع من تأجيل الثمن وتأخير قبضه في المجلس وجواز استبداله بغيره وشرط الخيار فيه وبعضهم يقول إنه سلم لأن العقد في معنى السلم ولا نظر للفظ فلا يصح استبدال ثمنه بغيره فإذا كان الثمن ذهبا فلا يصح أن يعطيه حنطة كما لا يصح استبدال المثمن – وهو المسلم فيه فإذا أسلم في حنطة فلا يصح أن يدفع بدلها ذرة وكذلك لا يصح تأجيل قبض الثمن عن المجلس ولا يصح شرط الخيار فيه . ولكن المعتمد أن السلم لا يتحقق إلا إذا ذكر لفظ السلم فإذا ذكر لفظ البيع كان بيعا وهذا أحد أمور ثلاثة تتوقف على لفظ مخصوص وهي : السلم والنكاح والكتابة

الحنفية – قالوا : السلم هو شراء آجل بعاجل . ويسمى صاحب النقدين الذهب والفضة : مسلم – بكسر اللام – كما يسمى رب السلم . ويسمى صاحب السلعة المؤجلة : مسلم إليه وتسمى السلعة كالقمح

---

(١) التضخم النقدي في الفقه الاسلامي، ص/٣٤٨

والزبد : مسلم فيه . ويسمى الثمن : رأس مال السلم فإذا أراد شخص أن يشتري قمحا مؤجلا إلى أجل مسمى بنقد يدفعه فورا كان ذلك سلما ويسمى المشتري مسلما والبائع مسلما إليه والقمح مسلما فيه والثمن رأس مال السلم ولا يشترط فيه أن يكون بلفظ السلم ولا بلفظ السلف بل ينعقد البيع والشراء بلفظ السلم أيضا

المالكية – قالوا : السلم عقد معاوضة يوجب شغل ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين فقوله معاوضة معناه : ذو عوض يدفعه كل واحد من طرفي العقد لصاحبه خرج به الهبة والصدقة وغيرهما من العقود التي لا معاوضة فيها بل فيها بذل من جانب واحد فقط وقوله بغير عين خرج به بيع سلعة بعين مؤجلة من ذهب أو فضة كما تقدم في تعريف البيع وقوله ولا منفعة . خرج به كراء الداء ونحوه المضمون فإنه عقد معاوضة بغير عين ولكن أحد عوضيه منفعة وقوله غير متماثل العوضين خرج به السلف " القرض " فإن المقترض يرد ما أخذه كما هو

الحنابلة – قالوا : السلم عقد على شيء يصح بيعه موصوف في الذمة إلى أجل . والذمة هي وصف يصير به المكلف أهلا للإلزام والالتزام وهو معنى عام عند غيرهم وقد تقدم . ويصح بلفظ البيع كأن يقول : ابتعت منك قمحا صفته كذا وكيله كذا أقبضه بعد شهر مثلا كما يصح بلفظ سلم وسلف . بل يصح بكل ما يصح به البيع كتملكت واتهبت ونحوه) ." (١)

"البيع بعاقد واحد :أجاز الحنفية ما عدا زفر (١) انعقاد البيع بإرادة شخص واحد متخذا صفتين بالنيابة عن البائع وعن المشتري، في حالات نادرة هي شراء الأب، أو وصيه، أو الجد، مال الصغير لنفسه، أو بيع مال نفسه من الصغير، وبيع القاضي والرسول عن طرفي العقد؛ لأن القاضي لا ترجع إليه حقوق العقد أي (لا يلتزم بشيء من التزامات العقد كالتسليم ودفع الثمن)، فكان بمنزلة الرسول، والرسول بعكس الوكيل عن الجانبين لا تلزمه حقوق العقد؛ لأنه سفير ومعبر عن كلام الأصيل، فجاز لكل من القاضي والرسول تولي العقد عن الجانبين. ولا يجوز ذلك للوكيل من الجانبين.لكن تعامل الأب مع الصغير لنفسه مقيد بأن يكون السعر بمثل قيمة الشيء، أو بشيء يسير من الغبن المعتاد حدوثه بين الناس عادة؛ لأن الأب مفترض فيه كمال الشفقة والرحمة ووفرة الرعاية لمصلحة الصغير.وأما وصي الأب فمقيد تعامله مع الصغير عند أبي حنيفة وأبي يوسف بأن يكون تصرفه بمال الصغير لنفسه بمثل القيمة، أو بما فيه نفع ظاهر (أو خير بين) لليتيم (٢) ، لأنه مرضي الأب، والظاهر ما رضي به إلا لوفور شفقته على الصغير. ولم

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة، ٢/٢٠٣

يجز محمد بن الحسن تصرف الوصي بمال الصغير لنفسه بمثل القيمة؛ لأن التساهل في الأب لكمال شفقته بخلاف الوصي.وأجاز الحنابلة أن يتولى عاقد واحد عن الجانبين كالوكيل عن الطرفين عقد البيع ونحوه من عقود المعاوضات الأخرى كالإجارة مثلا؛ لأن حقوق العقد وآثاره أو التزاماته ترجع عندهم للموكل نفسه صاحب الشأن. كما أجازوا ذلك أيضا في عقد الزواج، وفي الدعوى، فيصح أن يكون الشخص الواحد وكيلا في الدعوى عن المدعي والمدعى عليه، ممثلا مصلحة الطرفين ومقيما الحجة أو الدفوع لكل منهما (٣) .-----------------------------(١) البدائع: ٢/٢٣٢، ٥/١٣٦، رد المحتار لابن عابدين: ٤/٥، فتح القدير: ٢/٤٢٨، تبيين الحقائق: ٦/٢١١.(2) النفع الظاهر في العقار يكون بشراء الوصي لنفسه من الصغير بضعف القيمة، ويبيع بنصفها. وفي المنقول ببيع ما يساوي ١٥ بعشرة، وشراء ما يساوي عشرة بخمسة عشر.(٣) كشاف القناع: ٢/٢٣٨، المغني: ٥/١٠٩، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى للسيوطي الرحيباني: ٣/٤٦٤، ط المكتب الإسلامي بدمشق.." (١)

"الفرق بين البيع والزواج: البيع بخلاف عقد النكاح، فإنه يصح بلفظ الاستدعاء، مثل أن يقول: (زوجني) لأنه في هذه الحالة يكون قوله: (زوجني) توكيلا بالزواج، فإن زوجه امتثل أمره، ولبى طلبه فيكون المزوج وليا من طرف ووكيلا من طرف، والشخص الواحد: يتولى طرفي عقد النكاح، بخلاف البيع، فإنه لا يجوز أن يتولى الواحد طرفي العقد في البيع إلا الأب يشتري مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه، وكذلك الوصي عند أبي حنيفة إذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه.وهناك فرق آخر بين البيع والنكاح: وهو أن لفظ الأمر للمساومة حقيقة، فلا تكون صيغته إيجابا وقبولا حقيقة، بل هي طلب الإيجاب والقبول، فلا بد للإيجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما، ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة في النكاح؛ لأن المساومة لا توجد فيه عادة؛ لأنه مبني على مقدمة الخطبة، فتحمل هذه الصيغة على الإيجاب والقبول. أما البيع فلا يكون مسبوقا بمثل ذلك، فكان الأمر فيه مساومة، عملا بحقيقة لفظ الأمر، ولا يعدل عن الحقيقة إلى شيء آخر إلا بدليل، ولم يوجد في البيع، بخلاف النكاح كما تقدم.والخلاصة: أن صيغة البيع عند الحنفية إما أن تكون بلفظين من غير نية، وذلك بصيغة الماضي، مثل بعت واشتريت، وهذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعا، لكنها جعلت إيجابا للحال في عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على اللغة. أو بلفظين مع النية للحال، وذلك بصيغة المضارع؛ لأن المضارع يحتمل الحال أو الاستقبال، فتكون

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ٤/٤٤١

النية لدفع المحتمل: وهو أن يراد الوعد بالبيع في المستقبل، فتكون نية الإيجاب للحال مانعة من إرادة المستقبل.." (١)

"ولو سلمنا بوجود الحاجة للتأمين في الوقت الحاضر، فإن الحاجة إليه غير متعينة؛ إذ يمكن تحقيق الهدف منه بطريق التأمين التعاوني القائم على التبرع، وإلغاء الوسيط المستغل لحاجة الناس، والذي يسعى إلى الربح، وهو شركة الضمان، فيكون التأمين عقد معاوضة مشتملا على غرر كثير من غير حاجة متعينة في الإسلام، فيمنع.وإذا سلمنا بكون الحاجة متعينة، جاز التأمين بالقدر الذي يزيل الحاجة فقط، عملا بالقاعدة الشرعية: (الحاجة تقدر بقدرها).ومما يدل على فساد التأمين: أن الغرر المفسد للعقد يشترط فيه أن يكون المعقود عليه أصالة، وهذا متحقق في عقد التأمين التجاري. ويفهم من اشتمال التأمين على الغرر اشتماله أيضا على الجهالة، والجهالة في البدلين بارزة في التأمين، وهي جهالة مقدار ما يدفعه كل من طرفي العقد (المؤمن والمستأمن) للآخر، وهو قابل للكثرة والقلة، بل إن ما يدفعه المؤمن بدلا أو عوضا عن الضرر أو الهلاك على خطر الوجود، والخطر الذي هو مسوغ العقد قد يقع وقد لا يقع، وكل هذا يجعل الجهالة فاحشة كثيرة تؤدي إلى إبطال العقد.ويكون عقد التأمين ممنوعا شرعا لاشتماله على فاحش الغرر والجهالة. ولايؤبه بالعلم بمبلغ كل قسط عند حلول ميعاده، فهو صحيح أنه مبلغ معلوم، لكن كمية الأقساط هي التي فيها الجهالة، ورضا المؤمن بدفع التعويض عند وفاة المستأمن أو حدوث حادث له، ضمن مدة محددة بالعقد، مهما بلغ عدد الأقساط قلة وكثرة، لا قيمة له؛ لأنه رضا مخالف لقواعد الشرع ونصوصه المانعة من الغرر، كالرضا في القمار أو الزنى لا يحل واحدا منهما.." (٢)

"فيه حظ أي حاجة إلى نفقة أو كسوة أو إصلاح عقاره المتهدم أو رعاية بهائمه (١) . وللأب أن يرهن من نفسه لولده، ولنفسه من ولده، والجد كالأب عند الشافعية لوفور شفقتهما.رهن الولي والوصي مال الصغير عند الحنفية :هنا أمور ثلاثة: رهن مال الصغير بدين للصغير، أو بدين للولي، وموقف الصغير من الرهن بعد البلوغ (٢) . وقد عرفنا قبله مباشرة حكم رهن مال القاصر عند غير الحنفية.١ - رهن مال الصغير أو المجنون بدين لهما :للولي أو الوصي أو القيم أن يرهن مال القاصر (صبي أو مجنون ونحوهما) لدين للقاصر استدين من أجل كسوته وطعامه، أو بسبب الاتجار في ماله؛ لأن الاستدانة جائزة للحاجة، والتجارة تثمير لمال القاصر، والرهن إيفاء للحق، فيجوز.وإذا كان الأب أو الجد هو الدائن للقاصر أو كان

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ٨/٥

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، ١١٢/٥

كل من الدائن والمدين تحت ولايته، جاز له أن يتولى **طرفي العقد**، فيكون راهنا بالنيابة عن موليه، ومرتهنا بالنسبة إلى نفسه، في الحالة الأولى. وراهنا عن أحد موليه، ومرتهنا بالنسبة إلى الآخر، في الحالة الثانية، لأنه لوفور شفقته، نزل منزلة شخصين، وقامت عبارته مقام عبارتين، كما في بيعه مال القاصر لنفسه.ولا يجوز ذلك للحاكم، ولا للوصي، لقصور شفقتهما بالنسبة للأب، ولأن كليهما وكيل محض، والأصل أن الشخص الواحد لا يتولى **طرفي العقد**، سواء في البيع أو الرهن ونحوهما.٢ – رهن مال القاصر بدين للولي :الاستحسان عند أبي حنيفة ومحمد: يقتضي أن يجوز للأب أو الجد أو الوصي أن يرهن مال موليه بدين نفسه عند دائنه؛ لأن للولي أو الوصي إيداع مال موليه، والرهن أولى من الإيداع؛ لأن الوديع أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، والمرتهن يضمن الرهن إن هلك، ولو بلا تعد ولا تقصير.--------------------------------(١) المغني: ٤/٣٥٩، كشاف القناع: ٣/٣١٩.(٢) تبيين الحقائق: ٦/٧٢ ومابعدها، تكملة الفتح: ٨/٢٠ وما بعدها، الدر المختار: ٥/٣٥٢، ٣٦٤.." [(١)]

"والقياس وهو رأي أبي يوسف وزفر: ألا يجوز للولي أو الوصي رهن مال القاصر بدين لهما؛ لأنهما لا يملكان إيفاء دينهما بأموال موليهما، وفي إقدامهما على رهن مال موليهما إيفاء لدينهما حكما، فيمنع، كالإيفاء حقيقة.وإذا جاز الرهن عملا بمقتضى الاستحسان، ثم هلك عند الدائن، يضمن الولي للمولى عليه الأقل من قيمة الرهن ومن الدين، دون زيادة عليه، أما الوصي فيضمن قيمة الرهن في جميع الأحوال؛ لأن للأب أو الجد أن ينتفع بمال الصغير، وليس للوصي الحق في الانتفاع.وللولي أبا أو جدا رهن ماله بدين عليه للصغير عند ولده الصغير، ويحبسه الولي لأجل الصغير، ولا يجوز هذا الرهن للوصي.كما يجوز للولي عكس المذكور: وهو أن يرهن عنده مال الصغير بدين عليه؛ لأنه لوفور شفقته جعل كشخصين، وتقوم عبارته مقام عبارتين أي عبارتي الإيجاب والقبول، كشرائه مال طفله. ولا يجوز هذا الرهن للوصي، لأنه وكيل محض، فلا يتولى **طرفي العقد** في رهن ولا بيع ونحوهما مما يتطلب وجود عاقدين في عقود ذات حقوق متباينة.٣ – موقف الصغير من الرهن بعد البلوغ :إذا بلغ الصغير أو زال عارض الحجر، فوجد مالا له مرهونا، فليس له إبطال الرهن، أو استرداده حتى يقضى الدين؛ لأن تصرف الولي بالرهن وقع نافذا لازما، وصدر ممن له ولاية إصداره، سواء أكان الرهن بدين على الصغير، أم بدين على الولي نفسه، أم بدين عليهما معا.فإن قضي الدين عن الولي نفسه من مال الصغير المرهون أو هلك المرهون قبل أن يفتكه الراهن، كان للصغير بعد بلوغه حق الرجوع طبعا في مال الولي، والمطالبة بتسديد حقه؛ لأنه مضطر إلى إحياء

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ٦/٦٧

ملكه، والمحافظة على حقوقه سواء أكان الولي حيا أم ميتا، ويكون في هذه الحالة مثل من أعار متاعه لآخر، ليرهنه المستعير بدين عليه لشخص ثالث، فللمعير أن يفتك. عند الضرورة. رهنه، بدفع دين المستعير، ويرجع بما أوفى من الدين على المستعير.." (١)

"المبحث الثالث . أحكام الصلح :للصلح أحكام هي (١) :أولا . انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعا: فلا تسمع دعواهما بعدئذ، وهذا حكم ملازم جنس الصلح.ثانيا . حق الشفعة للشفيع: إذا كان المدعى به دارا وبدل الصلح ليس دارا، وإنما هو نقد أو غيره، فإن حق الشفعة يثبت للشفيع إذا كان الصلح عن إقرار من المدعى عليه؛ لأن الصلح حينئذ يكون في معنى البيع بالنسبة لطرفي العقد. أما إذا كان الصلح عن إنكار من المدعى عليه، فلا يثبت حق الشفعة، لأنه ليس في معنى البيع بالنسبة للمدعى عليه، بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين.وإن كان بدل الصلح دارا، والصلح عن إقرار المدعى عليه يثبت حق الشفعة للشفيع في الدارين، لما عرفنا أن الصلح هنا في معنى البيع من الطرفين.وإن كان الصلح عن إنكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح، ولا يثبت في الدار المدعاة؛ لأنها لم تعتبر مبيعة، إذ أن الصلح عن إنكار يعتبر معاوضة بالنسبة للمدعي، وأما بالنسبة للمدعى عليه فليس بمعاوضة، بل هو إسقاط للخصومة ودفع اليمين عن نفسه، فلم يكن للدار المدعاة حكم المبيع في حقه، فلا يثبت للشفيع حق أخذها بالشفعة.ثالثا . حق الرد بالعيب، وحكم الاستحقاق: فحق الرد بالعيب يثبت لطرفي عقد الصلح إن كان الصلح عن إقرار؛ لأنه بمنزلة البيع.وإن كان عن إنكار يثبت حق الرد بالنسبة للمدعي، ولا يثبت بالنسبة-----------------------------(١) البدائع: ٦/٥٣ ومابعدها، تكملة فتح القدير: ٧/٢٩، المبسوط: ٢٠/١٦٣، تبيين الحقائق: ٥/٣٣، الدر المختار مع رد المحتار: ٤/٤٩٤.." (٢)

"وهذا بخلاف ما لو مات أحد العاقدين قبل إدراك الزرع، يترك الزرع في مكانه إلى أن يدرك ويكون العمل ونفقاته على العامل؛ لأن الحنفية قرروا حينئذ بقاء عقد الإجارة استحسانا، لبقاء مدة الإجارة، فيستمر العامل أو وارثه على ما كان عليه من العمل. أما في حال انقضاء المدة فلا يمكن إبقاء العقد لانقضاء المدة.٢ – موت أحد العاقدين: تنتهي المزارعة أو تنفسخ بموت أحد العاقدين (١) ، كما تنفسخ الإجارة به، سواء حدث الموت قبل الزراعة أم بعدها، وسواء أدرك الزرع أم لم يدرك بأن كان بقلا أي طريا. وهذا

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ٦/٦٨

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، ٦/١٩٨

رأي الحنفية والحنابلة، وقال المالكية والشافعية: لا تنقضي المزارعة كالإجارة بموت أحد العاقدين.لكن لو مات رب الأرض، والزرع لم يدرك، فإن العامل أو وارثه يظل ملزما بالعمل؛ لأن العقد يوجب على العامل عملا يحتاج إليه الزرع إلى انتهاء أو نضوج الزرع، ويبقى العقد كما تقدم للضرورة استحسانا لانتهاء الزرع إذا مات أحد العاقدين،وقد نبت الزرع، ويبقى الزرع إلى الحصاد، ولا يلزم العامل بأجر للأرض، ثم ينتقض العقد فيما بقي من السنين في مدة العقد، لعدم الضرورة؛ لأن في بقاء العقد حتى يستحصد الزرع مراعاة لمصلحة طرفي العقد، فيعمل العامل أو ورثته على النحو المتفق عليه.٣ - فسخ العقد بالعذر :إذا حدث فسخ العقد قبل اللزوم، انتهت المزارعة. ومن المقرر عند الحنفية: أن الملتزم بالبذر لا يلتزم بالمزارعة بمجرد العقد. وعند المالكية: لا تلزم المزارعة إلا بشروع العامل في العمل، فما لم يشرع في عمل المزارعة، له فسخ العقد.ويجوز عند الحنفية فسخ المزارعة بعد لزومها لعذر من الأعذار، سواء من قبل صاحب الأرض، أم من قبل العامل، ومن الأعذار ما يأتي (٢) :------------------------------(١) البدائع: ٦/١٨٤ وما بعدها، تكملة الفتح: ٨/٤٢، الكتاب: ٢/٢٣٢، الدر المختار ورد المحتار: ٥/١٩٨، تبيين الحقائق: ٥/٢٨٢، المغني والشرح الكبير: ٥/٥٦٨، ٥٧٢.(٢) البدائع: ٦/١٨٣ وما بعدها، تكملة الفتح والعناية: ٨/٤٢، الدر المختار ورد المحتار: ٥/١٩٦ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٥/٢٨٢، الكتاب مع اللباب: ٢/٢٣٢.." (١)

"أ ـ العمليات الشرطية البسيطة: وهي التي يكون فيها الخيار للمضارب بين فسخ العقد في ميعاد التصفية أو قبله، أو تنفيذ العملية إذا رأى تقلب الأسعار لصالحه، على أن يدفع تعويضا متفقا عليه سلفا.ب ـ العمليات الشرطية المركبة: وهي التي يكون فيها الخيار للمضارب بين أن يكون مشتريا أو بائعا، وأن يفسخ العقد، إذا رأى مصلحة له في ذلك عند التصفية أو قبلها، مقابل تعويض أكبر مما يدفع في العمليات البسيطة، يدفعه لصاحبه.جـ ـ العمليات المضاعفة: وهي التي يكون فيها الحق للمضارب في مضاعفة الكمية التي اشتراها أو باعها، بسعر التعاقد، إذا رأى مصلحة في التصفية، على أن يدفع تعويضا مناسبا متفقا عليه، يختلف بنسبة الكمية المضاعفة.ويختلف معنى المضاربة في البورصة عن معناها الشرعي، فمضاربة البورصة: هي المخاطرة على سعر السلعة في البورصة في تصفية معينة. وهي إما مضاربة على الصعود: وهي أن المضارب يشتري السلعة بسعر، وهو يخاطر في أنه سيرتفع، فيبيع حالا ما اشتراه مؤجلا بالسعر المرتفع، ويقبض الفرق. وإما مضاربة على الهبوط: وهي أن يبيع الشخص سلعة بسعر، وهو يخاطر في أنه سينخفض

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ٦/٤٨١

يوم التصفية، حيث يبيع بالثمن الحال، ويشتري ما اتفق عليه مؤجلا، ويقبض الربح.وفي كلتا الحالتين قد يحدث خلاف المتوقع فيخسر المضارب، ويتم البيع على المكشوف، فلا تكون السلعة في حيازة البائع، ولا الثمن في حيازة المشتري وقت التعاقد، ولا يتم تسليم أو تسلم إلا يوم التصفية. وهذا كله حرام شرعا.أما المضاربة الشرعية أو القراض فهي عقد يقوم على تقديم المال من أحد طرفي العقد، والعمل من الطرف الآخر.." (١)

"٧ – يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته. وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.٨ – ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال.٩ – ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.ثانيا:استعرض مجلس المجمع أربع صيغ أخرى اشتملت عليها توصيات الندوة التي أقامها المجمع، وهي مقترحة للاستفادة منها في إطار تعمير الوقف واستثماره دون الإخلال بالشروط التي يحافظ فيها على تأبيد الوقف وهي:أ – إقامة شركة بين جهة الوقف بقيمة أعيانه وبين أرباب المال بما يوظفونه لتعمير الوقف.ب ـ تقديم أعيان الوقف (كأصل ثابت) إلى من يعمل فيها بتعميرها من ماله بنسبة من الريع.ج ـ تعمير الوقف بعقد الاستصناع مع المصاريف الإسلامية لقاء بدل من الريع.د ـ إيجار الوقف بأجرة عينية هي البناء عليها وحده، أو مع أجرة يسيرة.وقد اتفق رأي مجلس المجمع مع توصية الندوة بشأن هذه الصيغ من حيث حاجتها إلى مزيد من البحث والنظر، وعهد إلى الأمانة العامة

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ٧/٦٥

الاستكتاب فيها، مع البحث عن صيغ شرعية أخرى للاستثمار، وعقد ندوة لهذه الصيغ لعرض نتائجها على المجمع في دورته القادمة.والله أعلم." (١)

". ثم أب الجد، ثم العم لأب فابنه، ثم عم الجد فابنه.. ويقدم الأفضل عند التساوي في الرتبة، فإن تساوى اثنان في الرتبة والفضل كإخوة كلهم علماء، قدم الحاكم إن وجد من يراه، فإن لم يكن حاكم أقرع بينهم.. ثم المولى الأعلى: وهو من أعتق المرأة، ثم عصبته.. ثم الكافل للمرأة غير العاصب: وهو من قام بتربية الفتاة وهي صغيرة حتى بلغت عنده، أو بلغت عشرا، بشرطين:أولهما ـ أن يكفلها مدة توجب الحنان والشفقة عليها عادة، دون تحديد زمن معين على الأظهر.ثانيهما ـ أن تكون الفتاة وضيعة (دنيئة) لا شريفة: وهي التي لا مال لها ولا جمال ولا نسب ولا حسب (الأخلاق الكريمة كالعلم والحلم والتدبير والكرم ونحوها)،كما تقدم. فإن كانت شريفة زوجها القاضي.. ثم الحاكم أو القاضي الشرعي اليوم.. ثم كل مسلم بالولاية العامة إن لم يوجد أحد من الأولياء السابقين، ومنهم الخال، والجد من جهة الأم، والأخ لأم. فلكل مسلم تزويج المرأة الشريفة أو الوضيعة بإذنها ورضاها. لقوله تعالى: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾ [التوبة:٩/٧١]. وإذا زوج الأبعد مع وجود الأقرب (١) نفذ الزواج.ويجوز لابن العم، والمولى، ووكيل الولي، والحاكم أن يزوج المرأة من نفسه، ويتولى طرفي العقد. وليشهد كل واحد منهم على رضاها خوفا من منازعتها وإنكارها.والحاصل: أن المالكية يخالفون غيرهم في جعل الجد في المرتبة الرابعة بعد الإخوة، وليس بعد الأب، وأن الولي المجبر هو الأب فقط لا الجد، ويخالفونهم أيضا في ثبوت الولاية بالإيصاء والكفالة، وبالولاية العامة بسبب الإسلام. ويتفق الفقهاء في إثبات الولاية بسبب الملك، والأبوة والعصوبة غير الأبناء، والسلطنة.-------------------------------(١) المراد بالأبعد: المؤخر في الرتبة، وبالأقرب: المتقدم فيها، ولو كانت جهتهما متحدة، فيشمل ذلك تزويج الأخ لأب مع وجود الشقيق.." (٢)

"أما في المسائل الأولى في حال الولاية أو الوكالة، فقد دلت مقارنة على أن العاقد قام مقام الأصيل، وأنه معبر عنه، فتقوم عبارته مقام عبارة الأصيل، وتصبح عبارته مفيدة معنى الإيجاب والقبول.وأجاز أبو يوسف انعقاد الزواج بعاقد واحد في هذه المسائل كلها، فإذا زوجت المرأة نفسها غائبا فبلغه الخبر، فأجاز، جاز عنده؛ لأنه لا مانع أن تقوم عبارة العاقد الواحد مقام عبارتين،كالمقرر بحكم الوكالة أو الولاية الثابتتين

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ١٣٦/٧

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، ١٩٣/٩

حال العقد، ويكون العقد فيما وراء المجلس موقوفا على إجازة صاحب الشأن، ولا محذور؛ لأن حقوق عقد الزواج ترجع إلى الأصيل. وإذا جرى العقد بين فضوليين أو بين فضولي وأصيل، جاز باتفاق الحنفية، ويكون موقوفا على إجازة الغائب؛ لأن عبارة كل واحد منهما تقوم مقام عبارة الأصيل، لتعدد العاقد حقيقة، فيكون ما جرى بين الفضوليين عقدا تاما لوجود الإيجاب والقبول، والعقد الكامل يتوقف على ما وراء مجلس العقد. هذا والفضولي قبل الإجازة لا يملك نقض النكاح، بخلاف البيع؛ لأنه في البيع ترجع إليه حقوق العقد، أما في النكاح فترجع الحقوق إلى المعقود له.وقرر زفر والشافعي والجمهور: أنه لا يجوز الزواج بعاقد واحد؛ لأن الشخص الواحد لا يتصور أن يكون مملكا ومتملكا، لكن استثنى الشافعي مسألة الولي كالجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه الآخر، فيجوز للضرورة، ولا ضرورة في حق الوكيل وغيره من الأحوال الأخرى.وأجاز المالكية لابن العم والمولى ووكيل الولي والحاكم أن يزوج المرأة من نفسه، ويتولى **طرفي العقد**، وليشهد كل واحد منهم على رضاها خوفا من منازعتها، بشرط أن يعين لها أنه الزوج، فرضيت بالقول إن كانت ثيبا ومن في حكمها من الأبكار الستة المتقدمة، أو بالصمت إن كانت بكرا ليست من الستة المتقدمة، ويتم الزواج بقوله: تزوجتك بكذا من المهر، وترضى به، ولا بد من الإشهاد على رضاها بالعقد ولو بعد عقده لنفسه بعد أن كانت مقرة بالعقد، ولا يحتاج لقوله: قبلت نكاحك بنفسي بعدئذ؛ لأن قوله «تزوجتك» فيه قبول.." (١)

"وله أن يبيع مال نفسه لولده الصغير ونحوه، وأن يشتري مال ولده لنفسه بمثل الثمن أو بغبن يسير، ويتولى الأب **طرفي العقد**، وتكون عبارته قائمة مقام الإيجاب والقبول، استثناء من مبدأ تعدد العاقد في العقود المالية، نظرا لوفور شفقة الأب على ولده.وليس للأب أن يتبرع بشيء من مال الصغير ونحوه؛ لأن التبرع تصرف ضار ضررا محضا، فلا يملكه الولي ولو كان أبا.وليس له أيضا أن يقرض مال الصغير للغير، ولا أن يقترض لنفسه؛ لما في إقراضه من تعطيل استثمار المال.ويجوز للأب في رأي أبي حنيفة ومحمد أن يرهن شيئا من مال ولده في دين نفسه، قياسا على ما له من إيداع مال ولده. ولا يجوز هذا الرهن في رأي أبي يوسف وزفر؛ لأن في الرهن تعطيلا لمنفعة المال، إذ يبقى محبوسا إلى سداد الدين.حكم القانون: منع القانون المصري رقم (١١٩) لسنة (١٩٥٢) في المادة الخامسة منه تبرع الولي بشيء من مال القاصر، إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي بإذن المحكمة. وهذا الاستثناء مخالف لرأي الفقهاء. ومنعت المادة السادسة منه التصرف في عقار القاصر ببيع أو إجارة لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ٩/٢١٥

الرابعة إلا إذا أذنت المحكمة بذلك، رعاية لمصلحة الصغير. ومنعت هذه المادة أيضا أخذا برأي أبي يوسف وزفر رهن مال الصغير في دين على الولي نفسه؛ لأن الرهن يفضي غالبا إلى استيفاء الدين من مال المرهون.ومنعت المادة السابعة الأب من التصرف في عقار القاصر أو محله التجاري أو أوراقه المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة، رعاية لمصالح المولى عليه.." (١)

"حال الحياة يجوز للواقف الرجوع عن الوقف ما دام حيا، غنيا أو فقيرا، بأمر قاض أو غيره.ولا يتم الوقف بناء على القول بلزومه وبناء على رأي محمد حتى يقبض ويفرز؛ لأنه كالصدقة، ولأن تسليم كل شيء بما يليق به، ففي المسجد بالإفراز، وفي غيره بنصب الناظر (المتولي) بتسليمه إياه، ولا يجوز وقف مشاع يقسم عند محمد، ويجوز عند أبي يوسف، كما تقدم؛ لأن التسليم عنده ليس بشرط، بسبب كون الوقف عنده كالإعتاق.واشترط المالكية (١) لصحة الوقف: القبض كالهبة، فإن مات الواقف أو مرض مرض موت أو أفلس قبل القبض (الحوز) بطل الوقف.وقال الشافعية (٢) : الوقف عقد (٣) يقتضي نقل الملك في الحال، علما بأن الوقف على معين يشترط فيه عندهم القبول متصلا بالإيجاب إن كان من أهل القبول، وإلا فقبول وليه كالهبة والوصية، أما الوقف على جهة عامة كالفقراء أو على مسجد أو نحوه، فلا يشترط فيه القبول جزما لتعذره.وكذلك قال الحنابلة (٤) كالشافعية: يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد التلفظ به؛ لأن الوقف يحصل به، لحديث عمر المتقدم: « إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها» ولأنه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث، فلزم بمجرده كالعتق.----------------------------(١) القوانين الفقهية: ص ٣٧٠.(٢) مغني المحتاج: ٢/٣٨٣، ٣٨٥.(٣) قد يطلق العقد في اصطلاح الفقهاء على الالتزام الذي ينشأ عنه حكم شرعي، سواء أكان صادرا من طرف واحد كالنذر واليمين، أم صادرا من طرفين كالبيع والإجارة، كما يطلق على مجموع الإيجاب والقبول، أو كلام أحد **طرفي العقد**.(٤) المغني: ٥/٥٤٦، ٥٨٧.." (٢)

"أ – عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليهاب – أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة ويعرف مقدار الربح إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد وما زاد عن رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة وفقا لشروط العقدج – أن

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ١٠/٧٣

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، ١٠/٣٠٧

يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلنا وتحت تصرف حملة الصكوك٧ – يستحق الربح بالظهور ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب٨ – ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود التنضيض الدوري وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال٩ – ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقدثانيا :." (١)

"ثانيا : ويحق للقاضي أيضا أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير ولا يتضرر الملتزم له كثيرا بهذا الإمهال هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقا للعدل الواجب بين طرفي العقد ومنعا للضرر المرهق لأحد المتعاقدين بسبب لا يد له فيه وإن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها والله ولي التوفيق وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه(٦٢/١)---الدورة السابعةالقرار الأولحول سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة)إن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي قد نظر في موضوع سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة) يعقد فيها من عقود بيعا وشراء على العملات الورقية وأسهم الشركات وسندات القروض التجاررية والحكومية والبضائع وما كان من هذه العقود على معجل وما كان منها على مؤجل كما اطلع مجلس المجمع على الجوانب الإيجابية المفيدة لهذه السوق في نظر الاقتصاديين والمتعاملين فيها وعلى الجوانب السلبية الضارة فيهاأولا : إن غاية السوق المالية (البورصة) هي إيجاد سوق مستمرة ودائمة يتلاقى فيها العرض والطلب والمتعاملون بيعا وشراء وهذا أمر جيد ومفيد ويمنع استغلال المحترفين للغافلين والمسترسلين الذين يحتاجون إلى بيع أو شراء ولا يعرفون حقيقة الأسعار ولا يعرفون من هو المحتاج إلى

---

(١) الفتاوى الاقتصادية، ١٥/١

البيع ومن هو المحتاج إلى الشراء ولكن هذه المصلحة الواضحة يواكبها في الأسواق المذكورة (البورصة) أنواع من الصفقات المحظورة شرعا والمقامرة والاستغلال وأكل أموال الناس بالباطل ولذلك لا يمكن إعطاء حكم شرعي عام بشأنها بل يجب بيان حكم المعاملات التي تجري فيها كل واحدة منها على حدة." (١)

"ثانيا : إذا أعطت الشركة وكالة للعميل لكى يشتري سلعة لصالح الشركة ثم يبيع تلك السلعة لنفسه وكان ثمن البيع محددا من قبل الشركة فإن ذلك جائز أيضا ويكون الوكيل قد تولى **طرفي العقد** فإن الوكيل تكون له صفتان : صفة الوكيل عن الشركة بالبيع لنفسه أو لمن شاء بثمن محدد وصفة الأصيل عن نفسه للشراء ولكن لا بد من أن يرسل الوكيل (في هذه الحالة أيضا) إشعارا بأنه أنجز الوكالة وبأنه اشترى السلعة لنفسه ليحصل الفاصل بين الضمانين ولا يقع التداخل بين الضمانين المتتاليين أي ضمان الموكل (الشركة) ما بين فترة إنجاز الوكالة ولحظة البيع من الوكيل لنفسه وبين ضمان المشترى (الوكيل سابقا) لأنه بمجرد البيع لنفسه تدخل السلعة في ضمانه فإذا تلفت تتلف على حسابه لذا عليه أن يرسل إشعارا مؤرخا بأنه أنجز الوكالة ثم باع لنفسه وهذه الصورة غير مستحسنة بالرغم من جوازها وكونها جاءت في توصيات ندوة البركة الأولى في الفتاوي لأن دور الشركة يختفي تقريبا وتتعرض مصالحها للخطر إذ ربما يتملك الوكيل السلعة ويتأخر في الإشعار بالشراء وتتلف فيضيف التلف إلى الفترة التي كان فيها وكيلا ويدعى أنها أمانة لتحميل ضمانها على الشركةثالثا : إن إعطاء العميل سقفا ائتمانيا للمرابحة مع وكالة لشراء بضائع محليا إلخ يجب أن ترتب على المراحل التالية لضمان شرعيتها :أ)كتاب لمنح الائتمان وقيوده مع الدراسة والمستندات المتعلقة بذلك هذه كلها عبارة عن مواعداتب) بإبرام اتفاق كإطار عام يبين خطوات التنفيذ ويشار فيه للشروط العامة للتعامل كما يشار للمواعدة والأمر بالشراء وللوكالة المزمع عقدها والمرابحة التي ستعقد في حينها إلخ وهذا الاتفاق أيضا عبارة عن مواعدة وشروط يحال إليها العقود اللاحقةج) توقيع العميل أمرا بالشراء وإبرام وكالة بين الشركة وبينه للشراء لصالحها." (٢)

"شخص غير بحريني يود شراء مرسيدس (سيارة شاحنة) عن طريق المرابحة والقانون لا يسمح للوافدين بامتلاك مثل هذه السيارات واتفق الشخص مع الشركة البائعة – والتي يعمل لديها – بأن يشترى منها السيارة عن طريق البنك على أن تبقى ملكية السيارة باسم الشركة ويكون هناك إقرار وتعهد من قبل الشركة بأن مالك السيارة هو فلان وأنه لا مانع لديها من رهنها لصالح بنك دبي الإسلامي – هذا الإقرار

---

(١) الفتاوى الاقتصادية، ١/٤٩

(٢) الفتاوى الاقتصادية، ١/١٣٥

يسجل لدى المحكمة – يتم البيع بين البنك والشخص بصورة طبيعية والمطلوب بيان مدى صحة هذا المبيع ؟الجوابهذه المعاملة وإن كانت جائزة شرعا غير أن القانون يحظر التعامل بها ويرتب عليها عقوبة جنائية لطرفي العقد مما قد يتسبب في إثارة مشاكل للبنك يحسن أن ينأى عنها لما يترتب عليها من أضرار(١/٣٩٩)---فتوى رقم (٣٦)السؤالما مدى أحقية البنك لشيء من الربح في حالة رد الشيء المباع للبنك وإلغاء المرابحة تعاقد أحد المتعاملين مع البنك علي شراء سيارة وبعد استعمالها لفترة تصل إلى ثلاثة أشهر ونصف اكتشف بها عيوبا فنية خفية وتم استبدالها بسيارة أخرى من المورد بمعرفة البنك وبعد استعمالها ثلاثة أشهر ونصف أخرى اكتشف بها عيوبا فنية خفية ثم تم ردها إلى المورد بمعرفة البنك وقبلها المورد وعلى إثر ذلك رد كامل قيمتها إلى البنك وتم إلغاء معاملة المرابحة ؟ فهل يحق للمتعامل استرداد كامل أرباح المعاملة أم يحق للبنك خصم جزء منها ورد الباقي للمتعامل ؟ وما مدى أحقية البنك في جزء من الربح في حالة رد السلعة المبيعة بعيب خفي ؟الجواب." (١)

"تم تصدير هذا الكتاب آليا بواسطة المكتبة الشاملة(اضغط هنا للانتقال إلى صفحة المكتبة الشاملة على الإنترنت)الكتاب : الفتاوى الاقتصاديةالمؤلف : مجموعة من المؤلفينالمصدر : موقع الإسلامhttp://fatawa.al-islam.comفتوى رقم (٢٠)السؤالأولا : هل يجوز تعيين وسيط يكون وكيلا عن البائع والمشترى في نفس الوقت ؟ثانيا : وهل يجوز أن يقوم هذا الوسيط بالشراء والبيع دون إعلام المشتري أو البائع عن الجهة التي اشترى البضاعة منها أو الجهة التي باعها إليها وهل يشترط أن يكون السعر المتفق عليه محددا من قبل أحد الطرفين وتكون هذه التعليمات المسبقة منهما ؟الجوابأولا : أجاز بعض الفقهاء أن الشخص الواحد يمكن أن يتولى طرفي العقد وتيسيرا على الناس لا بأس من الأخذ بهذا الرأيثانيا : الوكيل كالأصيل فيما فوض فيه فإن كانت الوكالة عامة فتصرفاته عن الموكل نافذة عليه وإن كانت خاصة فهو مقيد بما خصصت به الوكالة فإن عين الأصيل جهة ما للشراء منها أو البيع لها أو حدد ثمنا للبيع أو الشراء أو حدد مكانا أو زمانا تقيد تصرف الوكيل في حدود هذه الوكالة وإلا كان متصرفا لنفسه ولا ينفذ تصرفه على الموكل(١/٤٦٣)---فتوى رقم (٢١)السؤالهل يعتبر تقابضا في العملات ما تعارفت عليه البنوك في قيود دفترية في المديونية والدائنية أو كتب اعتماد السحب على المكشوف بدون فوائد ربوية ؟الجوابنعم يعتبر تقابضا ما جرى عليه عرف المصارف في مبادلة النقد بالنقد(١/٤٦٤)---السؤالهل تعتبر القيود الدفترية في المديونية والدائنية تقابضا في حال السلع ؟الجوابوردت نصوص بالنهى عن بيع ما ليس

---

(١) الفتاوى الاقتصادية، ١/٢٩٩

عند الإنسان ورخص في السلم ولا تعتبر القيود الدفترية تقابضا لأن السلع لا يجوز التصرف فيها إلا بعد تملكها وقبضها وحيازتها فكيف نجيز التصرف فيها قبل تملكها(١/٤٦٥)---فتوى رقم (٢٢)السؤال." (١)

"فالجواب: أن ذلك صحيح إذ لا مانع منه وقد نص على ذلك الفقهاء في (باب الوكالة)، ولا يدخل ذلك في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه؛ لأن هذا قبض صحيح؛ لأن قبض وكيله كقبضه.وهذه وكالة صحيحة، ولا يقدح في ذلك كون الوكيل يتولى **طرفي العقد**.والمسألة الرابعة : فيمن قال: علي الطلاق لأفعلن كذا، ثم حنث وله زوجة ما الحكم؟فالجواب: أن هذه المسألة، الخلاف فيها مشهور بين السلف والخلف، وفيها روايتان عن أحمد:إحداهما: تطلق ثلاثا، صححه في التصحيح.قال في الروضة: هو قول جمهور أصحابنا؛ لأن الألف واللام للاستغراق، فتقتضي استغراق الكل وهو ثلاث.والرواية الثانية : لا تطلق إلا واحدة، وهو المذهب؛ لأنه يحتمل أن تعود الألف واللام إلى معهود يريد الطلاق الذي أوقعته.قال الموفق: والأشبه في هذا جميعا أن يكون واحدة في حال الإطلاق؛ لأن أهل العرف لا يعتقدونه ثلاثا، ولهذا ينكر أحدهم أن يكون طلق ثلاثا، ولا يعتقد إلا أنه طلق واحدة.انتهى.وإنما الروايتان عن أحمد، إذا قال ذلك وأطلق ولم ينو شيئا، فإن نوى ثلاثا فإنه يقع به ثلاث طلقات.وأما الشيخ تقي الدين فإنه فرق بين أن يقصد الحالف إيقاع الطلاق أو لا يقصد، فإن كان يكره وقوع الجزاء ولكنه علقه على شرط ليحث نفسه على فعل شيء أو تركه، فهذا يكون عنده من باب الأيمان، وتكون كفارته كفارة يمين، وإن كان يقصد إيقاع الطلاق ولا يكره وقوع الجزاء فهذا إذا وقع الجزاء وقع عليه الطلاق.." (٢)

"المسئول عنها غايتها أن يكون بعضها مجهولا وقد ذكروا أنه لا يجوز لها أن تخالعه على رضاع ولده عامين قالوا فأن مات رجع بأجرة الباقي ومرادهم بذلك إذا لم تشترط أنه لا يرجع عليها إذا مات والله سبحانه وتعالى أعلم.(المسألة الخامسة عشرة) رجل وقف وقفا على اللاعي وهو الذي يسأل في المساجد أو عند أبواب المساجد ومات الموقف ثم بعد زمان طويل قام ابن الموقف وقال لنا قرابة ضعفا ويزعم أن مفت أفتاه بأنه أحق به والوقف معين على مسجد الجامع من تكلم فيه من فقير غريب أو غيره.(فالجواب) أن المشهور عند أكثر الفقهاء من الحنابلة وغيرهم أن مثل هذا لا يجوز صرفه إلى غير من ذكر الواقف إذا كان ذلك في جهة بر وقال الشيخ تقي الدين يجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه باختلاف

---

(١) الفتاوى الاقتصادية، ١/٢

(٢) مجموعة الرسائل والمسائل النجدية، ٢٨٢/١

الزمان كما لو وقف ذلك على الفقهاء والصوفية فأحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند قال في الانصاف يتعين مصرف الوقف إلى الجهة المعينة له على الصحيح من المذهب ونقله الجماعة وقطع به أكثرهم وعليه الأصحاب ثم ذكر كلام الشيخ المتقدم والله أعلم.(المسألة السادسة عشرة) قول منصور في خيار المجلس بوكالة أو ولاية في بعض أفرادها مع ما في المغني من ذلك.(فالجواب) أن مراده بذلك أن الذي يتولى **طرفي العقد** لا يثبت له خيار المجلس لأنه هو البائع المشتري كالوكيل على بيع سلعة وشراها أو الولي إذا باع ما ولي عليه فأشتراه من نفسه لنفسه لأنه يتولى في ذلك **طرفي العقد** وعبارة منصور في شرح المنتهى ويثبت في بيع غير كتابة فلا خيار فيها تراد للعتق وغير تولي طرفي عقد في بيع بأن انفرد بالبيع واحد لولاية أو وكالة فلا خيار له كالشفيع وغير شراء منه يعتق عليه كرحمه المحرم لعتقه بمجرد انتقال الملك إليه في العقد أشبه ما لو مات قبل التفرق قال المنقح ويعترف بحريته قبل الشراء لأنه استقاذ لا يشري حقيقته لاعترافه بحريته ثم ذكر الصور التي تكون بمعنى البيع ويثبت فيها خيار كالصلح الذي بمعنى البيع وكقسمة وهبة بمعنى البيع وإجارة وما قبضه شرط لصحته كصرف وسلم وربوي بجنسه والله سبحانه وتعالى أعلم.(المسألة السابعة عشرة) الماء المتنجس بالتغيير وهو كثير إذا حوض وترك حتى صفي هل يطهر أم لا قياسا على الخمرة إذا انقلبت لقصد التخليل؟(الجواب) أن الذي ذكره الفقهاء أن الماء المتنجس بالنجاسة سواء تغير طعمه أو لونه أو ريحه فإنه لا يطهر حتى يزول التغير بنزحه أو مكاثرته بالماء أو بزوال تغيره بنفسه إذا كان كثيرا والكثير عند الحنابلة وغيرهم ما كان قلتين فأكثر. وأما التراب فالمشهور عندهم أنه لا يطهره لأنه لا يدفع النجاسة عن نفسه فعن غيره أولى قال." (١)

"المسئول عنها غايتها أن يكون بعضها مجهولا وقد ذكروا أنه لا يجوز لها أن تخالعه على رضاع ولده عامين قالوا فأن مات رجع بأجرة الباقي ومرادهم بذلك إذا لم تشترط أنه لا يرجع عليها إذا مات والله سبحانه وتعالى أعلم.(المسألة الخامسة عشرة) رجل وقف وقفا على اللاعي وهو الذي يسأل في المساجد أو عند أبواب المساجد ومات الموقف ثم بعد زمان طويل قام ابن الموقف وقال لنا قرابة ضعفا ويزعم أن مفت أفتاه بأنه أحق به والوقف معين على مسجد الجامع من تكلم فيه من فقير غريب أو غيره.(فالجواب) أن المشهور عند أكثر الفقهاء من الحنابلة وغيرهم أن مثل هذا لا يجوز صرفه إلى غير من ذكر الواقف إذا كان ذلك في جهة بر وقال الشيخ تقي الدين يجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه باختلاف الزمان كما لو وقف ذلك على الفقهاء والصوفية فأحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند قال في الانصاف

---

(١) مجموعة الرسائل والمسائل النجدية، ٤/٩٠

يتعين مصرف الوقف إلى الجهة المعينة له على الصحيح من المذهب ونقله الجماعة وقطع به أكثرهم وعليه الأصحاب ثم ذكر كلام الشيخ المتقدم والله أعلم.(المسألة السادسة عشرة) قول منصور في خيار المجلس بوكالة أو ولاية في بعض أفرادها مع ما في المغني من ذلك.(فالجواب) أن مراده بذلك أن الذي يتولى طرفي العقد لا يثبت له خيار المجلس لأنه هو البائع المشتري كالوكيل على بيع سلعة وشراها أو الولي إذا باع ما ولي عليه فأشتراه من نفسه لنفسه لأنه يتولى في ذلك طرفي العقد وعبارة منصور في شرح المنتهى ويثبت في بيع غير كتابة فلا خيار فيها تراد للعتق وغير تولي طرفي عقد في بيع بأن انفرد بالبيع واحد لولاية أو وكالة فلا خيار له كالشفيع وغير شراء منه يعتق عليه كرحمه المحرم لعتقه بمجرد انتقال الملك إليه في العقد أشبه ما لو مات قبل التفرق قال المنقح ويعترف بحريته قبل الشراء لأنه استقاذ لا يشري حقيقته لاعترافه بحريته ثم ذكر الصور التي تكون بمعنى البيع ويثبت فيها خيار كالصلح الذي بمعنى البيع وكقسمة وهبة بمعنى البيع وإجارة وما قبضه شرط لصحته كصرف وسلم وربوي بجنسه والله سبحانه وتعالى أعلم.(المسألة السابعة عشرة) الماء المتنجس بالتغيير وهو كثير إذا حوض وترك حتى صفي هل يطهر أم لا قياسا على الخمرة إذا انقلبت لقصد التخليل؟(الجواب) أن الذي ذكره الفقهاء أن الماء المتنجس بالنجاسة سواء تغير طعمه أو لونه أو ريحه فإنه لا يطهر حتى يزول التغير بنزحه أو مكاثرته بالماء أو بزوال تغيره بنفسه إذا كان كثيرا والكثير عند الحنابلة وغيرهم ما كان قلتين فأكثر. وأما التراب فالمشهور عندهم أنه لا يطهره لأنه لا يدفع النجاسة عن نفسه فعن غيره أولى قال." (١)

"" صفحة رقم ٤٩ " من يزوجه ولا يتولى طرفي العقد ، وإذا أراد الإمام أن يزوج من لا ولي لهافقيه وجهان : أحدهما أنه يتولى) طرفي العقد ، وقيل : يزوجه الحاكم ،وليس الحاكم وكيلا له ، وإنما هو نائب عن المسلمين ؛ ولهذا ليس للإمامعزله من غير سبب .." (٢)

"والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، وقال مالك وأصحاب الرأي: «يلزم العقد بالإيجاب والقبول، ولا خيار لهما» اهـ.قال النووي: «ومن قال بعدمه ترد عليه الأحاديث الصحيحة، والصواب ثبوته كما قال الجمهور».قال ابن القيم: أثبت الشارع خيار المجلس في البيع حكمة ومصلحة للمتعاقدين، وليحصل تمام الرضى الذي شرطه تعالى فيه بقوله: ﴿ عن تراض ﴾ [النساء: ٢٩]؛ فإن العقد قد يقع بغتة من غير ترو ولا نظر في القيمة، فاقتضت محاسن هذه الشريعة الكاملة أن يجعل للعقد حريما يتروى فيه

(١) مجموعة الرسائل والمسائل النجدية، ٥/٩٠

(٢) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ٤/٤٩

المتبايعان، ويعيدان النظر، ويستدرك كل واحد منهما. اهـ.والمسائل التي لا يثبت فيها الخيار أربع:١- تولي طرفي العقد. ٢- الكتابة. ٣- إذا اشترى من يعتق عليه. ٤- إذا اشترى من يعترف بحريته قبل الشراء.وكبيع في ثبوت الخيار في المجلس صلح بمعنى بيع، بأن أقر له." (١)

"وتعالى أعلم. قال في «الإنصاف»: قلت: الذي يظهر أنه حيث قلنا للأم والعصبة ولاية أنهم كالجد في التقديم على الحاكم وعلى الوصي على الصحيح. انتهى. وفي «الاختيارات الفقهية»: وأما تخصيص الولاية بالأب والجد والحاكم فضعيف جدا، والحاكم العاجز كالعدم. انتهى. نقل ابن الحكم فيمن عنده مال تطالبه الورثة فيخاف من أمره ترى أن يخبر الحاكم ويدفعه إليه؟ قال الإمام: أما حكامنا اليوم هؤلاء فلا أرى أن يتقدم إلى أحد منهم ولا يدفع إليه شيئا، وقال في «الغاية وشرحها» : ويتجه وهو أي ما قاله الإمام الصحيح الذي لا ريب فيه وكلامهم أي الأصحاب محمول على حاكم أهل إن وجد وهو أندر من الكبريت الأحمر، وهذا ينفعك. كل موضع اعتبر فيه الحاكم فاعتمده واحفظه؛ فإن مهم جدا. اهـ. وحرم تصرف ولي صغير وولي مجنون وسفيه إلا بما فيه الأحظ للمحجور عليه؛ لقوله تعالى: ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ﴾ . والسفيه والمجنون في معناه وإن تبرع الولي بصدقة أو هبة أو حابة بأن باع من مال موليه بأنقص من ثمنه أو اشترى له بأزيد أو زاد في الإنفاق على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ضمن ما تبرع به وما حابى به، والزائد في النفقة لتفريطه، وللولي تعجيل نفقة موليه مدة جرت به عادة أهل بلده إن لم يفسدها وتدفع النفقة إن أفسدها يوما بيوم؛ فإن أفسد النفقة مولى عليه بإتلاف أو دفع لغيره أطعمه الولي معاينة، وإلا كان مفرطا؛ فإن أفسد كسوته ستر عورته فقط في بيت إن لم يمكن التحيل على إبقائها عليه ولو بتهديد وزجر وصياح عليه ومتى أراه الناس ألبسه؛ فإن عاد نزعه عنه ويقيد المجنون إن خيف عليه، ولا يصح أن يبيع ولي الصغير والمجنون أو يشتري أو يرتهن من مالهما لنفسه أو يقترض لنفسه من مالهما؛ لأنه مظنة التهمة إلا الأب فله ذلك ويلي طرفي العقد؛ لأنه يلي بنفسه والتهمة منفية بين الوالد وولده إذ من طبعه." (٢)

"ولا يصح شراء وكيل من نفسه لموكله بن وكل في شراء شيء معين فاشتراه من نفسه لموكله؛ لأنه خلاف العرف في ذلك؛ لأن العرف بيعه لغيره فتحمل الوكالة عليه وللحوق التهمة له في ذلك، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي، والرواية الثانية يجوز بشرطين أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء، والثاني: أن يتولى

---

(١) الأسئلة والأجوبة الفقهية، ١١٦/٤

(٢) الأسئلة والأجوبة الفقهية، ٦٢/٥

النداء غيره، وهذا القول هو الذي تطمئن إليه النفس، والله سبحانه أعلم. وإن أذن موكل لوكيله في بيعه من نفسه أو شرائه منها صح للتوكيل ذلك فيصح للوكيل إذا تولى طرفي العقد فيهما، كأب الصغير ونحو ذلك إذا باع من ماله لولده أو اشترى منه له؛ لأن دينه وأمانته وشفعته تحمله على عمل الحق، وربما زاده خيرا ما لم يكن الإبن بالغا أو ولد زنا؛ لأنه لا ولاية له عليهما؛ وأما الولي نحو الصغير إذا كان غير أب، وباع ماله لموليه أو اشترى منه لنفسه فلا يصح، وكتوكيل جائز التصرف في بيعه وتوكيل آخر لذلك الوكيل في شرائه فيتولى طرفي عقده، ومثل عقد البيع نكاح بأن يوكل الولي الزوج أو عكسه أو يوكل واحدا أو يزوج عبده الصغير بأمته فيتولى طرفي العقد، ومثله دعوى بأن يوكله المتداعيان في الدعوى والجواب عنها وإقامة الحجة لكل منهما وولد الوكيل، وإن نزل ووالده وإن علا، ومكاتبه ونحوهم، كزوجته وكل من لا يقبل شهادته له كولد بنته ووالد أمه كنفسه، فلا يجوز للوكيل أن يبيع لأحدهم ولا أن يشتري منه؛ لأنه يتهم في حقهم؛ ولأنه يميل إلى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمته في حق نفسه، هذا مع الإطلاق؛ وأما مع الإذن فيجوز ويصح بيع الوكيل في البيع لإخوته وأقاربه كعمه وابن أخيه. قال في «الإنصاف»: قلت وحيث حصل في ذلك تهمة لا يصح، وهذا القول هو الذي تطمئن إليه النفس. والله سبحانه أعلم. وكالوكيل فيما تقدم من البيع ونحوه حاكم وأمينه ووصي وناظر وقف ومضارب وشريك عنان." (١)

"وإن تلف بلا تعد ولا تفريط ولو كانت الأجرة مجهولة كان استعمله وأنفق عليه مثلها بقصد المعاوضة؛ لأن فاسد العقود كصحيحها في الضمان وعدمه، وإن تصرف بغير إذن الشريك ولا إجارة، أو قبض بلا إذن الشريك فكغاصب؛ لأن يده عادية.وإن وهب ولي كحاكم أو وصي موليه هبة لم يتولى طرفي العقد، ويقبض الولي، قال في «المغني»: وإن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه، فقال أصحابنا: لابد أن يوكل من يقبل للصبي ويقبض له، ليكون الإيجاب منه والقبول والقبض من غيره، كما في البيع.ولا يحتاج أب وهب موليه لصغر أو جنون أو سفه إلى توكيل، بل يقول: وهبت ولدي كذا وقبضته له، ولا يحتاج إلى قبول للاستغناء عنه بقرائن الأحوال؛ أنه يجوز أن يبيع لنفسه؛ لانتفاء التهمة.وصحح في «المغني»: أن الأب وغيره سواء في هذا لانتفاء التهمة هنا بخلاف البيع، ولأنه عقد يصدر منه ومن وكيله، فجاز له أن يتولى طرفي العقد كالأب. وصريح كلام «المغني» و«الإنصاف» أن توكل غير الأب يكون في القبول والقبض، وظاهر كلام «التنقيح»، وتبعه في «المنتهى»: أنه يكون في القبول، فقط ويكون الإيجاب والقبض من الواهب كما تقدم.ويغني قبض هبة إذا كان قابضها رشيدا عن قبول فلا يحتاج إلى

(١) الأسئلة والأجوبة الفقهية، ٥/١٢٠

لفظ القبول، ولا يغني قبول الهبة عن قبضها؛ لأن القبول إذا لم يتصل بالقبض لا يكون مانعا من رجوع الواهب بها.ولا يصح قبض مجنون، ولا صغير لا يحسن التصرف، بل يقبل، ويقبض لهما وليهما؛ لأنه المتصرف عليهما فالأب العدل يقوم مقامهما في ذلك، ثم عند عدمه وصي، ثم حاكم أمين كذلك، أو من يقيمونه مقامهم.." (١)

"فات تعين لمن اشترط شرطا جزائيا الأرش ، وقد اتفق عليه عند العقد بتراضيهما ، وإن لم يتعذر الاستدراك فلصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد والأرش مع بقائه .الثالث : شرط فيه منفعة معلومة وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ، وليس منافيا لمقتضاه ؟كاشتراط البائع سكنى الدار شهرا ، أو اشتراط المشتري خياطة الثوب ، وفي حكمه خلاف : قيل : يصح وقيل : لا يصح ، ويظهر أن الشرط الجزائي ليس من هذا النوع من الشروط ، فهو مرتبط بالعقد حيث إنه تقدير للضرر المتوقع حصوله في حالة عدم الوفاء بالالتزام .وأما الفاسدة فثلاثة أنواع :أحدها : أن يشترط أحد **طرفي العقد** على الطرف الثاني عقدا آخر ؛كبيع أو إجارة أو نحو ذلك- فهذا الشرط غير صحيح ، وهل يبطل العقد لبطلان الشرط أم يصح العقد ويبطل الشرط ؟ قولان لأهل العلم : أشهرها : القول ببطلان العقد لبطلان الشرط ؟ لكونه من قبيل بيعتين في بيعة المنهي عنها ، وفي القول بصحة العقد وبطلان الشرط رواية عن الإمام أحمد سنده فيها : « حديث عائشة ، حيث أرادت أن تشتري بريرة للعتق فاشترط أهلها ولاءها ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : اشتريها ، واشترطي لهم الولاء ، فإنما الولاء لمن أعتق » (١) متفق عليه ، فصحح الشراء مع إبطال الشرط .ويمكن أن يقال : بأن الشرط الجزائي من هذه الشروط الفاسدة المترتب على فسادها على المشهور لدى بعض أهل العلم فساد العقود المشتملة______________(١) صحيح البخاري البيوع (٢٠٦٠)،صحيح مسلم العتق (١٥٠٤)،موطأ مالك العتق والولاء (١٥١٩).." (٢)

"أو قياسا .واستعراض ما ذكره أهل العلم من تقسيم الشروط في العقود إلى :صحيحة ، وفاسدة ، وتقسيم الصحيحة إلى ثلاثة أنواع : أحدها : شرط يقتضيه العقد ؛كاشتراط التقابض ، وحلول الثمن .الثاني : شرط من مصلحة العقد ؛كاشتراط صفة في الثمن ؛كالتأجيل ، أو الرهن ، أو الكفيل به ، أو صفة في المثمن ، ككون الأمة بكرا .الثالث : شرط فيه منفعة معلومة ، وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ، ولا منافيا لمقتضاه ؛كاشتراط البائع سكنى الدار شهرا .وتقسيم الفاسدة إلى ثلاثة أنواع :أحدها : اشتراط

---

(١) الأسئلة والأجوبة الفقهية، ٢٠/٧

(٢) أبحاث هيئة كبار العلماء، ٢٨٢/١

أحد طرفي العقد على الطرف الثاني عقدا آخر ؛ كبيع ، أو إجارة ، أو نحو ذلك .الثاني : اشتراط ما ينافي مقتضى العقد ، كأن يشترط في المبيع ألا خسارة عليه ، أو ألا يبيع أو يهب ولا يعتق .الثالث : الشرط الذي يتعلق به العقد ، كقوله : بعتك إن جاء فلان .وبتطبيق الشرط الجزائي عليها ، وظهور أنه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد ، إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدد له ، والاستئناس بما رواه البخاري في [صحيحه] بسنده عن ابن سيرين : أن رجلا قال لكريه : أدخل ركابك ، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم." (١)

"يكون الحادث المؤمن منه حادثا سعيدا ؛ كإنجاب الأولاد وتزويجهم والتأمين على الحياة وغير ذلك؛ ولهذا يميل بعضهم إلى القول بأن الغاية من التأمين توقي ضائقة اقتصادية بابتغاء مصلحة اقتصادية تقيها.ويجب أن يكون الخطر المؤمن ضده معينا تعيينا دقيقا يتضح به نوعه وحده ؛ ليعرف به المؤمن حدود التزامه ، ويعرف المؤمن له الحال التي يستطيع فيها الرجوع على المؤمن عند حدوث الخطر لطلب التعويض .ويشترط لعنصر الخطر في التأمين الشروط التالية:١ - أن يكون وقوع الخطر احتماليا ، وبهذا جاءت المادة (٧٨٢) من القانون المدني المصري بما نصه : يقع عقد التأمين باطلا إذا تبين أن الخطر المؤمن عنه كان قد زال ، أو كان قد تحقق في الوقت الذي تم فيه العقد .٢ - أن لا يكون وقوعه إراديا محضا ؛ لما في ذلك من انتفاء ركن احتمال وقوع الخطر ؛ لأن وقوعه بالإرادة المحضة متعلق بإرادة أحد طرفي العقد .٣ - أن لا يكون الخطر مخالفا للنظام العام أو الآداب ، وبهذا جاءت المادة (٧٤٩) من القانون المدني المصري حيث نصت على أن يكون محلا للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة ، فلا يجوز التأمين على الأخطار المترتبة على أعمال التهريب ، أو الاتجار في المخدرات ، أو على الأماكن التي تدار للدعارة أو المقامرة إلى غير ذلك من أنواع المصالح غير المشروعة التي تخل بالنظام العام والآداب .ب- وأما القسط في عقد التأمين فهو المقابل الذي يستحصله المؤمن من المؤمن له ؛ ليتحمل مسئولية الخطر المؤمن منه ، ولقسط التأمين أهمية." (٢)

"إحداها : أنه عقد من عقود التراضي ، باعتبار أن الإيجاب والقبول صدرا من إرادتين ، كل إرادة منهما أهل للإلزام والالتزام ، ويعتبر عقدا مقتضيا للإلزام والالتزام بمجرد صدور الإيجاب والقبول من طرفيه سواء كان ذلك شفاها أو كتابة ، ويرى بعضهم أن العقد لا يكون ساري المفعول حتى يكون مسجلا ،

---

(١) أبحاث هيئة كبار العلماء، ٢٩٤/١

(٢) أبحاث هيئة كبار العلماء، ٥٣/٤

وبعضهم يرى : أن عقد التأمين يبدأ نفاذه من استلام أول قسط من المؤمن له .الثانية : أنه عقد احتمالي ؛ لأن خسارة أو ربح كل من طرفي العقد غير معروفة وقت العقد ، إذ إن ذلك متوقف على تحقق أو تخلف الخطر المؤمن عنه فعند تحققه أو تخلفه يتعين الرابح منهما والخاسر ، وهذا خاص في العلاقة الحقوقية القائمة بين طرفي العقد ، أما المؤمن فحيث إنه يتعامل مع مجموعة كبيرة من طالبي التأمين فخسارته مع أحدهم تتحملها أرباحه مع الآخرين .ولهذا الجانب اتجه بعض الكتاب إلى أن عقد التأمين يعتبر احتماليا بالنسبة إلى المؤمن له إذ هو الطرف الوحيد الذي يتجه إليه احتمال الربح أو الخسارة ، أما المؤمن فإن خسارته محمولة بأرباحه مع الآخرين فلا وجه لاحتمال خسارته ، وهناك من الكتاب من يرى أن الطرف الذي يعتبر العقد احتماليا بالنسبة له هو المؤمن إذ هو الوحيد الذي يتحمل الخسارة ويحصل على الربح ، أما المؤمن له فهو خاسر على كل حال ؛ لأنه إن انتفى الخطر المؤمن عليه خسر قسط التأمين ، وإن تحقق الخطر أعطي مقابله وخسر القسط فهو خاسر لقسط التأمين على أي حال ، ويتجه جمهور علماء القانون إلى أن عقد التأمين عقد احتمالي للطرفين." (١)

"طلب التأمين من طالبه إيجابا ، وبتحقق الإيجاب والقبول يتم العقد وتسوى بينهما ، وثيقته مشتملة على ما يأتي :أ- أسماء المتعاقدين ومحل إقامتهما واسم المستفيد إن كان معينا .ب- محل التأمين ، بحيث تتضمن الوثيقة وصفا كاملا له بذكر نوعه وجنسه ومحل خزنه إن كان مالا ، ومحل ونوع عمله إن كان شخصا .ج- وصف الخطر المؤمن منه وصفا دقيقا تنتفي به الجهالة .د- مقدار سعر التأمين الذي يمكن أن يحتسب قسط التأمين على ضوئه .هـ- مقدار القسط الدوري وتعيين وقته وطريق سداده .و- المبلغ المؤمن به ، ويسمى : رأس مال بوليصة التأمين .ز- مدة العقد ، وذلك بتحديد مدة نفاذ العقد بذكر تاريخ ابتدائه وتاريخ انتهائه .ح- الشروط الخاصة بالعقد والمتعلقة بمصالح طرفيه .ط- توقيع طرفي العقد المؤمن والمؤمن له وتأريخ التوقيع .." (٢)

"ج- وصف الخطر المؤمن منه وصفا دقيقا تنتفي معه الجهالة .د- مقدار سعر التأمين الذي يمكن أن يحتسب قسط التأمين على ضوئه .هـ- مقدار القسط الدوري وتعيين وقته ، وطريق سداده .و- بيان مدة العقد وتحديد نفاذه بذكر تأريخ ابتدائه وتأريخ انتهائه .ز- المبلغ المؤمن به ، ويسمى : رأسمال بوليصة التأمين .ح- الشروط الخاصة بالعقد المتعلقة بمصالح طرفيه .ط- توقيع طرفي العقد المؤمن والمؤمن له

---

(١) أبحاث هيئة كبار العلماء، ٥٦/٤

(٢) أبحاث هيئة كبار العلماء، ٦٣/٤

وتأريخ التوقيع .ولوثائق التأمين تقسيمات عدة باعتبارات مختلفة .أ- ف تنقسم باعتبار مدة سريان العقد إلى وثيقة سنوية ، وإلى وثيقة لفترة قصيرة -أي دون السنة- وإلى وثيقة لفترة طويلة ، أي أطول من سنة إلى وثيقة سفرية ، وهي التي يتوقف أمد نفاذها على المدة التي يكمل فيها النقل ، ولقصر المدة وطولها تأثير في إضافة زيادة إلى القسط وعدم الإضافة ، وفي تعجيل دفع كامل القسط وعدم تعجيله .ب- وتنقسم من حيث نطاق ضمان العقد إلى وثيقة اعتيادية ، وهي التي تضمن شيئا معينا من خطر معين ، وهي أكثر الوثائق شيوعا ، وإلى وثيقة عائمة ، وهي التي تتضمن شروطا عامة لتغطية شحنات متعددة لمدة غير محدودة بمبلغ تأمين إجمالي وبموجبها يلتزم المستأمن بدفع قسط التأمين بنسبة المبلغ الإجمالي مقدما ، ويكون قابلا للتسوية عند انتهاء عمليات الشحن ، وإلى وثيقة عامة وهي التي تصدر بالتأمين من أخطار متعددة يخشى حدوثها على أموال مختلفة ، ولذا يستوفى بموجبها قسط تأمين إجمالي يشمل كافة الأخطار المؤمن منها .." (١)

"به فهو ميسر عند مالك وغيره من العلماء (١)وقال ابن كثير : وقال موسى بن عقبة عن نافع ، عن ابن عمر رضي الله عنه قال: الميسر هو القمار، وقال الضحاك : عن ابن عباس قال: الميسر هو القمار، كانوا يتقامرون في الجاهلية إلى مجيء الإسلام فنهاهم الله عن هذه الأخلاق القبيحة، وقال مالك : عن داود بن الحصين إنه سمع سعيد بن المسيب يقول: كان ميسر العرب في الجاهلية بيع اللحم بالشاة والشاتين (٢)وفيما يلي كلام المحدثين في الاستدلال على تحريم التأمين؛ لكونه قمارا :قال الشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية في رسالته (السوكرتاه): عقد التأمين عقد فاسد شرعا؛ وذلك لأنه معلق على خطر تارة يقع وتارة لا يقع فهو قمار معنى، ص ٢٤.ويقول الشيخ أحمد إبراهيم في التأمين على الحياة: أما إذا مات المؤمن له قبل إيفاء جميع الأقساط وقد يموت بعد دفع قسط واحد فقط، وقد يكون الباقي مبلغا عظيما جدا؛ لأن مبلغ التأمين على الحياة موكول تقديره إلى طرفي العقد على ما هو معلوم فإذا أدت الشركة المبلغ المتفق عليه كاملا لورثته أو لمن جعل له المؤمن ولاية قبض ما التزمت به الشركة بعد موته ففي مقابل أي شيء دفعت الشركة هذا المبلغ؟ أليس هذا مخاطرة____________(١) [تفسير القرطبي] (٣\ ٥٢، ٥٣) .(٢) [تفسير ابن كثير] (٢\ ٩١، ٩٢) .." (٢)

---

(١) أبحاث هيئة كبار العلماء، ٤/٧٧

(٢) أبحاث هيئة كبار العلماء، ٤/١١٨

"إرسال ميزان الحساب مرة أخرى، أو أن يفقد الحساب قدرته على تلقي المدفوعات بين الطرفين.٣ – رغبة أحد الطرفين في قفله إذا لم يكن بينهما اتفاق على مدة معينة لجريانه إلا أنه يشترط لهذه الرغبة أن تكون في وقت مناسب ومتفق مع العادة المتبعة في المصارف.أما الأسباب الخارجة عن الإرادة فأهمها ما يلي:ا– الإفلاس: ذلك أن إفلاس أحد طرفي الحساب يؤدي إلى عجزه عن تتابع المدفوعات بين طرفيه للحجز على يد المفلس في إدارة أمواله.٢ – الوفاة: وقد خالف بعضهم في اعتبار الوفاة سببا موجبا لقفل الحساب إذا أبدى الورثة رغبتهم في استمرار الحساب مع أن مجموعة من القوانين التجارية في البلاد العربية قد نصت على أن الوفاة سبب لقفل الحساب، فقد ذكرت المادة (٣٠٦) من قانون التجارة اللبناني، والمادة (٤٠١) من قانون التجارة السوري، والمادة (١١٤) من قانون التجارة الأردني على أن عقد الحساب الجاري ينتهي بـوفاة أحد طرفيه أو فقدانه الأهلية، أو بإفلاسه.وقد علل شراح القوانين اعتبار الوفاة سببا موجبا لقفل الحساب بأن الحساب الجاري يشبه بعض العقود الجائزة كالوكالة أو الشراكة.وقد انتقد الأستاذ الدكتور محمد عوض هذا الرأي وقال: وأولى أن يشبه عقد الحساب الجاري بالعقود المستمرة، فهو عقد مستمر وككل العقود المستمرة هو يقوم على الثقة؛ لأن استطالة مدة التنفيذ تتطلب من كل من **طرفي العقد** أن يركن إلى أمانة الطرف الآخر، ومن الثابت: أن موت أحد." (١)

"وبالرغم من كون الاعتماد قد فتح محددا بمدة معينة، فإن هذه المدة تعتبر أجلا لصالح البنك: له أن يتمسك بحلوله، وله أن ينزل عن ذلك ويطيل فيه... أما إذا لم تحدد المدة فيجوز لكل من **طرفي العقد** إنهاؤه، وإن كان العميل لا يلجأ إلى ذلك؛ لأنه غير مجبر على استخدام الاعتماد كما تقدم. وأما البنك فليس له إنهاء العقد إلا بقيود تهدف إلى عدم الإضرار بالعميل ضررا لا تبرره حماية مصالح البنك، فيجب أن يكون إنهاء العقد بحسن النية وفي وقت مناسب، وأن يوجه البنك إخطارا إلى العميل قبل وقف الاعتماد بوقت كاف؛ ليمكنه من مواجهة المركز الجديد الناشئ عن وقف الاعتماد.٣ – أسباب ترجع إلى الاعتبار الشخصي : يقوم فتح الاعتمادات على اعتبارات معينة يراعيها البنك في شخص العميل، منها يساره وأمانته، وحسن تصرفه واستقامته، فإذا اهتز اعتبار منها كان للبنك أن يفسخ العقد أو ينهيه، ويحكم هذه المسألة اعتباران يراعيهما القضاء هما: ضرورة احترام القوة الملزمة للعقد من ناحية، وقيام العقد على الاعتبار الشخصي من ناحية أخرى.٤ – الوفاة والإفلاس : الراجح أن وفاة أحد الطرفين ينهي عقد الاعتماد فورا، ونرى أنه إذا توفي أحد الطرفين فمن الأنسب ألا نقضي على العقد، بل نترك ذلك للطرف الآخر إذا

---

(١) أبحاث هيئة كبار العلماء، ١٩١/٥

أراد؛ لأنه هو الذي يقدر ما إذا كانت مصالحه تتأثر بهذا الحادث، فضلا على أنه إذا توفي العميل فليس للبنك أن ينهي الاعتماد إذا كان مضمونا بتأمين عيني.أما إذا كان فاتح الاعتماد فردا وتوفي، انقضى التزامه إلا إذا استمر." (١)

"في منع ذلك واعتباره من صريح الربا ، لأنه من قبيل بيع دراهم بدراهم أقل منها ، فضلا عن أنه لم يتم التقابض بين طرفي العقد في مجلسه .وللأستاذ محمد باقر الصدر رأي في وصف عملية الخصم نستحسن إيراده إكمالا للفائدة، فهو يقول :وواضح أن عملية خصم الورقة التجارية هي في الواقع تقديم قرض من البنك إلى المستفيد لتلك الكمبيالة مثلا مع تحويل المستفيد البنك الدائن على محرر الكمبيالة ، وهذا التحويل من الحوالة على مدين . وهناك عنصر ثالث إلى جانب القرض والتحويل ، وهو تعهد المستفيد الذي خصم الورقة لدى البنك بوفاء محرر الورقة عند حلول أجلها ، فبحكم القرض يصبح المستفيد مالكا للمبلغ الذي خصم البنك به الكمبيالة ، وبحكم الحوالة يصبح البنك دائنا لمحرر تلك الكمبيالة ، وبحكم تعهد المستفيد بالوفاء يحق للبنك أن يطالب بتسديد قيمة الكمبيالة إذا تخلف محررها عن ذلك عند حلول موعدها ، وبحكم كون المحرر مدينا للبنك نتيجة للتحويل يتقاضى البنك منه فوائد على تأخير الدفع عن موعده المحدد ، وعلى هذا الأساس يصبح ما يقتطعه البنك الخاصم للكمبيالة من قيمة الكمبيالة لقاء الأجل الباقي لموعد حلول الدفع ممثلا للفائدة التي يتقاضاها على تقديم القرض إلى المستفيد الطالب للخصم وهو محرم ؛ لأنه ربا . وأما ما يقتطعه كعمولة لقاء الخدمة أو لقاء تحصيل المبلغ إذا كان يدفع في مكان آخر فهو جائز ؛ لأن العمولة لقاء الخدمة هي أجرة كتابة الدين التي تقدم أن بإمكان البنك أن يتقاضاها في كل قرض يقدمه ، وأما العمولة لقاء تحصيل المبلغ في مكان آخر فهو من حق البنك أيضا . – إلى أن قال– : وهناك اتجاه فقهي." (٢)

"وينبغي أن يعلم أن مجمع الفقه الإسلامي أجاز ضمان رأس مال المضاربة من طرف ثالث عل سبيل التبرع كما ورد في القرار رقم ٥ من الدورة الرابعة: [ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس

---

(١) أبحاث هيئة كبار العلماء، ٢٥٦/٥

(٢) أبحاث هيئة كبار العلماء، ٣٨٠/٥

لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد].وخلاصة الأمر أن الأصل في عقد المضاربة أنه لا يجوز ضمان رأس مال المضاربة من المضارب إلا إذا تعدى أو قصر ويجوز أن يتبرع المضارب بضمان ما يلحق صاحب المال من خسارة عند وقوعها فعلا وليس عند انعقاد العقد على أن لا يكون التبرع بتحمل الخسارة شرطا ملفوظا أو ملحوظا عند العقد.- - -." (١)

" فروجهن بكلمة الله

وكلمة الله هي التي في كتابه وهي لفظ الإنكاح والتزويج

قلنا المراد معنى المذكور في الكتاب (لا عينه) ولو أريد عينة فلفظة الهبة مذكورة في قوله تعالى وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي وفي الحديث الذي روينا

ثم فيه بيان انعقاد النكاح بهذه الكلمة وليس فيه نفي غيره وانما خصها بالذكر لأنها الأغلب

مسألة الواحد يتولى طرفي العقد في النكاح ولاية ووكالة عند علماءنا الثلاثة

وقال زفر والشافعي لا يجوز وعن أحمد كالمذهبين

وصورة المسألة في الولاية مثل أن يزوج بنت ابنه من ابنه الآخر أو بنت عمه من ابن عمه الآخر أو بنت عمه من نفسه

وفي الوكالة مثل أن توكله المرأة بتزويجها من نفسه فيكون أصيلا في حق نفسه وكيلا في حقها (فثبتت) الوكالة من الجانبين

لنا ما روى أنس أن النبي صلى الله عليه و سلم أعتق صفية بنت حيي وجعل عتقها صداقها خ م ." (٢)

"الأمير يقول إن بيعه أصلح، فلا أمنع منه ؛ وإن كان الأمير والجماعة يقولون: عدمه أصلح، فالذي أرى أن البيع لا يتم.سئل الشيخ محمد بن إبراهيم: هل يصح لغير أبي الصغير إذا كان وليا لليتيم التصرف بنفسه من نفسه، بأن يتولى طرفي العقد، فيبيع عقاره على موليه ؟فأجاب: لا يصح ذلك، كما هو المشهور، المفتى به، وهو المذهب." (٣)

---

(١) يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة، ص/١٣٨

(٢) إيثار الإنصاف، ص/١٥٠

(٣) الدرر السنية في الأجوبة النجدية - الرقمية، ٦/٢٩٠

"أحدها : أن يشترط أحد **طرفي العقد** على الطرف الثاني عقدا آخر ؛ كبيع أو إجارة أو نحو ذلك- فهذا الشرط غير صحيح ، وهل يبطل العقد لبطلان الشرط أم يصح العقد ويبطل الشرط ؟ قولان لأهل العلم : أشهرها : القول ببطلان العقد لبطلان الشرط ؟ لكونه من قبيل بيعتين في بيعة المنهي عنها ، وفي القول بصحة العقد وبطلان الشرط رواية عن الإمام أحمد سنده فيها : صحيح البخاري البيوع (٢٠٦٠)،صحيح مسلم العتق (١٥٠٤)،موطأ مالك العتق والولاء (١٥١٩). حديث عائشة ، حيث أرادت أن تشتري بريرة للعتق فاشترط أهلها ولاءها ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : اشتريها ، واشترطي لهم الولاء ، فإنما الولاء لمن أعتق متفق عليه ، فصحح الشراء مع إبطال الشرط .ويمكن أن يقال : بأن الشرط الجزائي من هذه الشروط الفاسدة المترتب على فسادها على المشهور لدى بعض أهل العلم فساد العقود المشتملة(الجزء رقم : ١، الصفحة رقم: ٢٨٣)عليها ، وتوجيه ذلك : أن الشرط الجزائي يعتبر عقد معاوضة مغاير للعقد الأصلي ، فهو من مسائل بيعتين في بيعة المنهي عنها ، ويمكن أن يرد هذا : بأن الشرط الجزائي ليس مستقلا عن العقد الأصلي ، وإنما هو من قبيل الاحتياط في إكماله بالوفاء بالشرط أو التعويض عما يترتب على الإخلال به من ضرر ، فليس من قبيل بعتك على أن تقرضني أو تزوجني أو تؤجرني ؛ لأن كل واحد من هذه العقود يمكن أن يقع مستقلا عن العقد الأصلي بخلاف الشرط الجزائي فإنه لا يقع مستقلا .الثاني : من الشروط الفاسدة : شرط ينافي مقتضى العقد ، كأن يشترط في المبيع أن لا خسارة عليه أو ألا يبيع ولا يهب ولا يعتق ، فهذه الشروط باطلة ، وهل تبطل العقود المشتملة عليها ؟ قولان لأهل العلم ، وهما روايتان عن الإمام أحمد :." (١)

"أحدها : اشتراط أحد **طرفي العقد** على الطرف الثاني عقدا آخر ؛ كبيع ، أو إجارة ، أو نحو ذلك.الثاني : اشتراط ما ينافي مقتضى العقد ، كأن يشترط في المبيع ألا خسارة عليه ، أو ألا يبيع أو يهب ولا يعتق .الثالث : الشرط الذي يتعلق به العقد ، كقوله : بعتك إن جاء فلان .وبتطبيق الشرط الجزائي عليها ، وظهور أنه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد ، إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدد له ، والاستئناس بما رواه البخاري في [صحيحه] بسنده عن ابن سيرين : أن رجلا قال لكريه : أدخل ركابك ، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم(الجزء رقم : ١، الصفحة رقم: ٢٩٥)فلم يخرج ، فقال شريح : (من شرط على نفسه طائعا غير مكروه فهو عليه) .وقال أيوب عن ابن سيرين : أن رجلا باع طعاما وقال : إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع ، فلم يجئ ، فقال شريح للمشتري : (أنت أخلفت)

---

(١) البحوث العلمية، ٢٥٣/١

فقضى عليه ، وفضلا عن ذلك فهو في مقابلة الإخلال بالالتزام ، حيث إن الإخلال به مظنة الضرر ، وتفويت المنافع ، وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله ، وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود والعقود ؟ تحقيقا لقوله تعالى : سورة المائدة الآية ١ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقودلذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع :أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر ، يجب الأخذ به ، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا ، فيكون العذر مسقطا لوجوبه حتى يزول .وإذا كان الشرط الجزائي كثيرا عرفا ، بحيث يراد به التهديد المالي ، ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية- فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف ، على حسب ما فات من منفعة ، أو لحق من مضرة .." (١)

"ب- عناصر عقد التأمين أو أركانه:يرى بعض علماء القانون: أن عقود التأمين يجب أن تشتمل على أربعة عناصر إذا تخلف أحدها اعتبر التأمين باطلا بطلانا أصليا ، تلك العناصر هي : الخطر والقسط ومبلغ التأمين والمصلحة التأمينية.أ- أما الخطر فإن الغاية من التأمين هي ابتغاء مصلحة اقتصادية تقي خطرا معينا يخشى وقوعه كأخطار الحريق والسرقة والإصابات وغيرها. وبعض الكتاب يرى أن التأمين لا يكون دائما ضد الأخطار والكوارث فقد(الجزء رقم : ٤، الصفحة رقم: ٥٣)يكون الحادث المؤمن منه حادثا سعيدا ؛ كإنجاب الأولاد وتزويجهم والتأمين على الحياة وغير ذلك؛ ولهذا يميل بعضهم إلى القول بأن الغاية من التأمين توقي ضائقة اقتصادية بابتغاء مصلحة اقتصادية تقيها.ويجب أن يكون الخطر المؤمن ضده معينا تعيينا دقيقا يتضح به نوعه وحده ؛ ليعرف به المؤمن حدود التزامه ، ويعرف المؤمن له الحال التي يستطيع فيها الرجوع على المؤمن عند حدوث الخطر لطلب التعويض .ويشترط لعنصر الخطر في التأمين الشروط التالية:١ - أن يكون وقوع الخطر احتماليا ، وبهذا جاءت المادة (٧٨٢) من القانون المدني المصري بما نصه : يقع عقد التأمين باطلا إذا تبين أن الخطر المؤمن عنه كان قد زال ، أو كان قد تحقق في الوقت الذي تم فيه العقد .٢ - أن لا يكون وقوعه إراديا محضا ؛ لما في ذلك من انتفاء ركن احتمال وقوع الخطر ؛ لأن وقوعه بالإرادة المحضة متعلق بإرادة أحد طرفي العقد .٣ - أن لا يكون الخطر مخالفا للنظام العام أو الآداب ، وبهذا جاءت المادة (٧٤٩) من القانون المدني المصري حيث نصت على أن يكون محلا للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة ، فلا يجوز التأمين على الأخطار المترتبة على أعمال التهريب ، أو

(١) البحوث العلمية، ٢٦٣/١

الاتجار في المخدرات ، أو على الأماكن التي تدار للدعارة أو المقامرة إلى غير ذلك من أنواع المصالح غير المشروعة التي تخل بالنظام العام والآداب .." (١)

"٧ – خصائص عقد التأمين :لعقد التأمين مجموعة خصائص :(الجزء رقم : ٤، الصفحة رقم: ٥٦)إحداها : أنه عقد من عقود التراضي ، باعتبار أن الإيجاب والقبول صدرا من إرادتين ، كل إرادة منهما أهل للإلزام والالتزام ، ويعتبر عقدا مقتضيا للإلزام والالتزام بمجرد صدور الإيجاب والقبول من طرفيه سواء كان ذلك شفاها أو كتابة ، ويرى بعضهم أن العقد لا يكون ساري المفعول حتى يكون مسجلا ، وبعضهم يرى : أن عقد التأمين يبدأ نفاذه من استلام أول قسط من المؤمن له .الثانية : أنه عقد احتمالي ؛ لأن خسارة أو ربح كل من **طرفي العقد** غير معروفة وقت العقد ، إذ إن ذلك متوقف على تحقق أو تخلف الخطر المؤمن عنه فعند تحققه أو تخلفه يتعين الرابح منهما والخاسر ، وهذا خاص في العلاقة الحقوقية القائمة بين **طرفي العقد** ، أما المؤمن فحيث إنه يتعامل مع مجموعة كبيرة من طالبي التأمين فخسارته مع أحدهم تتحملها أرباحه مع الآخرين .ولهذا الجانب اتجه بعض الكتاب إلى أن عقد التأمين يعتبر احتماليا بالنسبة إلى المؤمن له إذ هو الطرف الوحيد الذي يتجه إليه احتمال الربح أو الخسارة ، أما المؤمن فإن خسارته محمولة بأرباحه مع الآخرين فلا وجه لاحتمال خسارته ، وهناك من الكتاب من يرى أن الطرف الذي يعتبر العقد احتماليا بالنسبة له هو المؤمن إذ هو الوحيد الذي يتحمل الخسارة ويحصل على الربح ، أما المؤمن له فهو خاسر على كل حال ؛ لأنه إن انتفى الخطر المؤمن عليه خسر قسط التأمين ، وإن تحقق الخطر أعطي مقابله وخسر القسط فهو خاسر لقسط التأمين على أي حال ، ويتجه جمهور علماء القانون إلى أن عقد التأمين عقد احتمالي للطرفين(الجزء رقم : ٤، الصفحة رقم: ٥٧)بالنسبة للعلاقة القانونية بينهما .." (٢)

"و– المبلغ المؤمن به ، ويسمى : رأس مال بوليصة التأمين .ز– مدة العقد ، وذلك بتحديد مدة نفاذ العقد بذكر تاريخ ابتدائه وتاريخ انتهائه .ح– الشروط الخاصة بالعقد والمتعلقة بمصالح طرفيه .ط– توقيع **طرفي العقد** المؤمن والمؤمن له وتأريخ التوقيع .." (٣)

---

(١) البحوث العلمية، ٤/٣٢٠

(٢) البحوث العلمية، ٤/٣٢٣

(٣) البحوث العلمية، ٤/٣٣٠

"٨ – حلول المؤمن لمحل المستأمن :يحل المؤمن محل المستأمن بما دفع من تعويض عن الحريق ونحوه في الدعاوى التي للمستأمن قبل من تسبب في ضرره ، ويكون ذلك في حدود المبلغ الذي دفعه المؤمن للمستأمن ما لم يكن من أحدث الضرر قريبا للمستأمن أو صهرا له يعيش معه أو يكون تابعا للمستأمن مسئولا عنه ، وإذا تعذر الحلول بتنازل المستأمن عن مطالبة المتسبب برئت ذمة المؤمن من مسئولية التأمين براءة تامة أو جزئية حسب الأحوال .٩ – وثيقة التأمين أو بوليصة التأمين :هي : عقد بين المؤمن والمستأمن يبرم بعد اتخاذ إجراءات بينهما من المؤمن لمصلحته ؛ لإثبات حق كل منهما ، وتشتمل على ما يلي :أ– أسماء المتعاقدين ومحل إقامتهما واسم المستفيد إن كان معينا .ب– وصف محل التأمين وصفا كاملا يتضمن بيان نوعه وجنسه ومحل خزنه إن كان مالا ومحل ونوع عمله إن كان شخصا .(الجزء رقم : ٤، الصفحة رقم: ٧٧)ج– وصف الخطر المؤمن منه وصفا دقيقا تنتفي معه الجهالة .د– مقدار سعر التأمين الذي يمكن أن يحتسب قسط التأمين على ضوئه .هـ– مقدار القسط الدوري وتعيين وقته ، وطريق سداده .و– بيان مدة العقد وتحديد نفاذه بذكر تأريخ ابتدائه وتأريخ انتهائه .ز– المبلغ المؤمن به ، ويسمى : رأسمال بوليصة التأمين .ح– الشروط الخاصة بالعقد المتعلقة بمصالح طرفيه .ط– توقيع طرفي العقد المؤمن والمؤمن له وتأريخ التوقيع .ولوثائق التأمين تقسيمات عدة باعتبارات مختلفة .أ– ف تنقسم باعتبار مدة سريان العقد إلى وثيقة سنوية ، وإلى وثيقة لفترة قصيرة –أي دون السنة– وإلى وثيقة لفترة طويلة ، أي أطول من سنة إلى وثيقة سفرية ، وهي التي يتوقف أمد نفاذها على المدة التي يكمل فيها النقل ، ولقصر المدة وطولها تأثير في إضافة زيادة إلى القسط وعدم الإضافة ، وفي تعجيل دفع كامل القسط وعدم تعجيله .." (١)

"ويقول الشيخ أحمد إبراهيم في التأمين على الحياة: أما إذا مات المؤمن له قبل إيفاء جميع الأقساط وقد يموت بعد دفع قسط واحد فقط، وقد يكون الباقي مبلغا عظيما جدا؛ لأن مبلغ التأمين على الحياة موكول تقديره إلى طرفي العقد على ما هو معلوم فإذا أدت الشركة المبلغ المتفق عليه كاملا لورثته أو لمن جعل له المؤمن ولاية قبض ما التزمت به الشركة بعد موته ففي مقابل أي شيء دفعت الشركة هذا المبلغ؟ أليس هذا مخاطرة(الجزء رقم : ٤، الصفحة رقم: ١١٩)ومقامرة، وإذا لم يكن هذا من صميم المقامرة ففي أي شيء تكون المقامرة إذن، على أن المقامرة حاصلة أيضا من ناحية أخرى فإن المؤمن له بعد أن يوفي جميع ما التزمه من الأقساط يكون له كذا، وإن مات قبل أن يوفيها كلها يكون لورثته كذا أليس هذا قمارا

---

(١) البحوث العلمية، ٤/٣٤٣

ومخاطرة حيث لا علم له ولا للشركة بما سيكون من الأمر على التعيين؟! [أسبوع الفقه الإسلامي]، ص (٤٥٩) .المناقشات لهذا الدليل:المناقشة الأولى: لمصطفى الزرقاء :قال: إن القمار لعب بالحظوظ ومقتلة للأخلاق العملية والفعالية الإنسانية، وقد وصفه القرآن الكريم بأنه حبالة من حبائل الشيطان ووسيلة من وسائله يوقع بها بين الناس- وهم المقامرون لاعبو الميسر- العداوة والبغضاء ويلهيهم بها عن ذكر الله وعن الصلاة، فأين القمار الذي هو من أعظم الآفات الخلقية والأدواء الاجتماعية وشلل للقدرة المنتجة في الإنسان في كل نواحي النتاج العلمي والاقتصادي- أين هذا من نظام يقوم على أساس ترميم الكوارث الواقعة على الإنسان في نفسه أو ماله في مجال نشاطه العملي وذلك بطريق التعاون على تجزئة الكوارث وتفتيتها ثم توزيعها وتشتيتها.ثم إن عقد التأمين يعطي المستأمن طمأنينة وأمانا من نتائج الأخطار الجائحة التي لولا التأمين من نتائجها إذا وقعت فإنها قد تذهب بكل ثروته أو قدرته فتكون حالقة ماحقة. فأين هذا الأمان والاطمئنان لأحد المقامرين(الجزء رقم : ٤، الصفحة رقم: ١٢٠)." (١)

"وقد انتقد الأستاذ الدكتور محمد عوض هذا الرأي وقال: وأولى أن يشبه عقد الحساب الجاري بالعقود المستمرة، فهو عقد مستمر وككل العقود المستمرة هو يقوم على الثقة؛ لأن استطالة مدة التنفيذ تتطلب من كل من طرفي العقد أن يركن إلى أمانة الطرف الآخر، ومن الثابت: أن موت أحد(الجزء رقم : ٥، الصفحة رقم: ١٩٢)طرفي العقود المستمرة لا يؤدي إلى إنهائها فورا، وبقوة القانون، فضلا على أن عقد الحساب الجاري هو عقد تابع مقصود به تسوية العمليات المترتبة على عقود أخرى بين طرفيه، فإذا كانت هذه العقود لم تنته بالوفاة فما معنى انتهاء عقد الحساب الجاري، وهو تابع خادم للعقود الأصلية؟!ولعل بعض القضاة قد راعى هذه الملاحظات فحكم أن في وسع ورثة المتوفى إطالة أجل الحساب الجاري الذي كان مورثهم طرفا فيه، وتستخلص رغبتهم في ذلك من عدم قيامهم بإخطار البنك بوفاة العميل ورغبتهم في قفل الحساب وتسويته، كما حكم أن الحساب الذي يفتحه البنك لورثة عميله وهم في حالة شيوع مع استمرارهم في ذات الاستغلال الذي كان مورثهم يباشره لا يعد حسابا مستقلا قانونا عن الحساب الأول. ا هـ انظر كتابه ص (٢٧٨) [عمليات البنوك من الوجهة القانونية].وإذا تم قفل الحساب ترتبت عليه الآثار الآتية:أ- وقوع المقاصة بين مفردات الحساب.ب- استخراج الرصيد وتسويته.ج- الوفاء بالرصيد. بمعنى: أنه بمجرد تسويته واستخراجه يكون مستحق الأداء فورا ما لم يتفق الطرفان على تأجيل الوفاء أو إدراجه في حساب جديد.د- جواز الحجز عليه تحت يد المدين به باعتباره دينا واجبا مستحق الأداء.(الجزء رقم :

---

(١) البحوث العلمية، ٤/٣٨٦

٥، الصفحة رقم: ١٩٣)عدم جواز إحياء الحساب بعد قفله، لكون رصيده أصبح دينا مستحقا واجب الأداء، فإذا أراد طرفاه استئناف التعامل بينهما بطريق الحساب الجاري فتحا حسابا جديدا انظر ص (٢٣٨-٢٤٠) من [العقود وعمليات البنوك التجارية] للدكتور علي البارودي، الطبعة الثانية. .." (١)

"وبالرغم من كون الاعتماد قد فتح محددا بمدة معينة، فإن هذه المدة تعتبر أجلا لصالح البنك: له أن يتمسك بحلوله، وله أن ينزل عن ذلك ويطيل فيه .... أما إذا لم تحدد المدة فيجوز لكل من **طرفي العقد** إنهاؤه، وإن كان العميل لا يلجأ إلى ذلك؛ لأنه غير مجبر على استخدام الاعتماد كما تقدم. وأما البنك فليس له إنهاء العقد إلا بقيود تهدف إلى عدم الإضرار بالعميل ضررا لا تبرره حماية مصالح البنك، فيجب أن يكون إنهاء العقد بحسن النية وفي وقت مناسب، وأن يوجه البنك إخطارا إلى العميل قبل وقف الاعتماد بوقت كاف؛ ليمكنه من مواجهة المركز الجديد الناشئ عن وقف الاعتماد.٣ - أسباب ترجع إلى الاعتبار الشخصي : يقوم فتح الاعتمادات على اعتبارات معينة يراعيها البنك في شخص العميل، منها يساره وأمانته، وحسن تصرفه واستقامته، فإذا اهتز اعتبار منها كان للبنك أن يفسخ العقد أو ينهيه، ويحكم هذه المسألة اعتباران يراعيهما القضاء هما: ضرورة احترام القوة الملزمة للعقد من ناحية، وقيام العقد على الاعتبار الشخصي من ناحية أخرى.٤ - الوفاة والإفلاس : الراجح أن وفاة أحد الطرفين ينهي عقد الاعتماد فورا، ونرى أنه إذا توفي أحد الطرفين فمن الأنسب ألا نقضي على العقد، بل نترك ذلك للطرف الآخر إذا أراد؛ لأنه هو الذي يقدر ما إذا كانت مصالحه تتأثر بهذا الحادث، فضلا على أنه إذا توفي العميل فليس للبنك أن ينهي الاعتماد إذا كان مضمونا بتأمين عيني.أما إذا كان فاتح الاعتماد فردا وتوفي، انقضى التزامه إلا إذا استمر(الجزء رقم : ٥، الصفحة رقم: ٢٥٧)وارثه في استغلال المؤسسة ومباشرة ذات المهنة، فيتحمل التزامات مورثه ويشبه بالموت -في هذا الأثر- انحلال الشركة أو تغيير شخصيتها. كذلك ينهي إفلاس أحد الطرفين العقد لانهيار الثقة ورفع يد المفلس عن إدارة أمواله.." (٢)

"فأجاب : وأما الصلح عن المؤجل ببعضه حالا فالذي يظهر لي الصحة . وأجاب أيضا : إذا كان لرجل على آخر عشرة أريل مثلا ، وأراد أن يعجل له بخمسة ويترك الباقي ، ففيه خلاف مشهور بين العلماء ، قال في الإنصاف : ولو صالح عن المؤجل ببعضه حالا لم يصح ، هذا هو المذهب ، نقله الجماعة عن أحمد ، وعليه جماهير الأصحاب ، وفي الإرشاد والمبهج رواية يصح ، واختاره الشيخ تقي الدين لبراءة

---

(١) البحوث العلمية، ٤٠١/٥

(٢) البحوث العلمية، 5/٤٦٥

الذمة هنا ، وكدين الكتابة جزم به الأصحاب في دين الكتابة ، ونقله ابن منصور ، انتهى . والذي يترجح عندي هو القول الأخير ، وهو الذي اختاره الشيخ تقي الدين قدس الله روحه . اهـ .وسئل بعضهم : عمن له ريالان عند رجل نسيئة وأخذ ريالا ونصفا ؟ فأجاب : الأئمة الأربعة لا يجوزونه ، وأفتى لنا عيال الشيخ بالجواز ، وهو الذي نعمل به الآن . اهـ [الدرر السنية] ، (٥/ ١٣٨) . .وقال الشيخ عبد الرحمن بن سعدي إجابة على سؤال عن ذلك :الصحيح جواز الصلح عن الدين المؤجل ببعضه حالا ؛ لأن فيه إسراع براءة الذمة ولا محذور فيه ، وقصة بني النضير تدل عليه ، وكثيرا ما تدعو الحاجة إليه . اهـ [الفتاوى السعدية] ، ص (٣٣٦) . .أما إذا كان الخاصم غير المسحوب عليه فلا نعلم خلافا بين أهل العلم(الجزء رقم : ٥، الصفحة رقم: ٣٨٠)في منع ذلك واعتباره من صريح الربا ، لأنه من قبيل بيع دراهم بدراهم أقل منها ، فضلا عن أنه لم يتم التقابض بين **طرفي العقد** في مجلسه .وللأستاذ محمد باقر الصدر رأي في وصف عملية الخصم نستحسن إيراده إكمالا للفائدة، فهو يقول :." (١)

"أما إذا مات المؤمن له قبل إيفاء جميع الأقساط، وقد يموت بعد دفع قسط واحد فقط، وقد يكون الباقي مبلغا عظيما جدا، لأن مبلغ التأمين على الحياة موكول تقديره إلى **طرفي العقد**، على ما هو معلوم، فإذا أدت الشركة المبلغ المتفق عليه كاملا لورثته أو لمن جعل له المؤمن ولاية قبض ما التزمت به الشركة بعد موته ففي مقابل أي شيء دفعت الشركة هذا المبلغ؟ أليس هذا مخاطرة ومقامرة، وإذا لم يكن هذا من صميم المقامرة ففي أي شيء تكون المقامرة إذن؟ على أن المقامرة حاصلة أيضا من ناحية أخرى، فإن المؤمن له بعد أن يوفى جميع ما التزمه من الأقساط يكون له كذا، وإن مات قبل أن يوفيها كلها يكون لورثته كذا، أليس هذا قمارا ومخاطرة، حيث لا علم له ولا للشركة بما سيكون من الأمرين على التعيين .ولا أوافق هذين العالمين الكبيرين على أن التأمين قمار، أو في معنى القمار، لأن حقيقة التأمين تختلف اختلافا كبيرا عن حقيقة القمار الذي منه الميسر الذي حرمه الله في القرآن(١٠).٨- رأيي في التأمين:رأيي في التأمين هو عدم جواز التأمين التجاري، وجواز التأمين التعاوني الإسلامي، قلت هذا الرأي أول مرة في أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية سنة ١٣٨٠هـ - ١٩٦١م، واقترحت العمل بالتأمين التعاوني الإسلامي بديلا للتأمين التجاري، ثم طبقته عمليا عند انشاء شركة التأمين الإسلامية في بنك فيصل الإسلامي السوداني ١٩٧٧م كما سيأتي.ودليلي على عدم جواز التأمين التجاري هو أنه عقد غرر منهي عنه بالحديث الصحيح الذي ينهى عن بيع الغرر(١١).وقد اعترض الاستاذان الكبيران الشيخ مصطفى الزرقا، والشيخ على

---

(١) البحوث العلمية، ٨٥/٦

الخفيف على هذا الدليل، فلم يسلم الشيخ الزرقا بأن التأمين عقد غرر، وسلم الشيخ الخفيف بأن في التأمين غررا، ولكنه غرر خفيف، وغير مؤثر في صحة العقد، ورددت عليهما في كتابي الغرر وأثره في العقود فليراجع(١٢).٩- رأي المؤتمرات والمجامع الفقهية:." (١)

"هو مؤسسة فنية تنشأ وفقا لقانون خاص يصدر بشأنها، ينظم عملها في مراقبة أعمال المصارف والشركات المالية الإسلامية من الناحية الشرعية. وتعتمد تقاريرها من قبل الهيئات الرسمية.مادة (٢) : تكوين مكتب التدقيق الشرعي :يتكون المكتب من مختصين في فقه المعاملات الشرعية – خصوصا فقه المصارف –، ومن محاسبين قانونيين كما يشترط وجود مستشار قانوني أو أكثر. ويشترط في العاملين خبرة عملية في هذا المجال لا تقل عن خمس سنوات، ويصدر قرار من محافظ المصرف المركزي بتحديد المؤهلات والشروط المطلوبة.مادة (٣) : تعيين مكتب التدقيق الشرعي :تعيين الجمعية العمومية لكل مصرف أو شركة مالية إسلامية مكتب التدقيق الشرعي، الذي يرتضيه المساهمون لتدقيق الأعمال الشرعية في مؤسستهم في اجتماعها السنوي، كما تحدد المكافأة السنوية للمكتب مراعية أسعار السوق. ولا يجوز مباشرة المؤسسة لعملها دون تعيين لمكتب التدقيق الشرعي.مادة (٤) : الاستغناء عن خدمة مكتب التدقيق الشرعي :يتم ذلك إما بانتهاء العقد الموقع مع المكتب، وعدم رغبة أحد طرفي العقد بتجديده. وفي حال الاستغناء عن خدمات المكتب لإساءته، يرفع تقرير بذلك إلى الجهة المركزية المختصة.مادة (٥) : تقرير مكتب التدقيق الشرعي :يجب أن يحتوي التقرير على العناصر التالية :أ – العقود والعمليات التي تم فحصها والاطلاع عليها.ب – الجهات المسؤولة في المصرف أو المؤسسة عن إجراء العمليات التي تم فحصها، ومراحل إنجازها.جـ – القواعد المرجعية لتلك العقود والعمليات.د – المخالفات الشرعية – إن وجدت – سواء في العقود أو في تنفيذ العمليات، وكيفية التخلص منها، ومدة التخلص المقترحة.هـ – البدائل الشرعية لتلك المخالفات.و – تاريخ الزيارات التدقيقية، ونتائجها.ز – توقيع المدقق، ومسؤول المكتب.مادة (٦) : يجب نشر تقرير مكتب التدقيق الشرعي ضمن التقرير السنوي للشركة.." (٢)

"أما البيع : فهو عقد تمليك مال بمال على وجه التراضي،وينعقد بكل لفظ يدل على معنى البيع إذا استوفى الإيجاب والقبول الشرعيين (١) .هذا وقد تعددت تعريفات عقد بيع المرابحة عند الفقهاء، ويمكن أن نستنتج منها أن بيع المرابحة يدور حول مفهوم واحد؛ هو بيع بالثمن الأول وزيادة معلومة لطرفي العقد

---

(١) أبحاث المؤتمر العالمي الثالث للإقتصاد الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة، ١١/٥

(٢) أبحاث المؤتمر العالمي الثالث للإقتصاد الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة، ٢٠/١٢

.هذا ما جاء في كتب الفقه المختلفة؛ كبدائع الصنائع وبداية المجتهد وحاشية ابن عابدين، وحاشية الدسوقي،والمغني، ومنتهى الإرادات، وروضة الطالبين، ومغني المحتاج ومواهب الجليل، ومثال ذلك ؛ ما جاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل الذي عرف المرابحة : " بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به، وزيادة ربح معلوم يتفقان عليه "(٢))، وهذا التعريف جاء مثله في معجم لغة الفقهاء .((٣)وقد عرف قانون البنك الإسلامي الأردني بيع المرابحة للآمر بالشراء بما يلي :" قيام المصرف بتنفيذ طلب المتعاقد معه على أساس شراء الأول ما يطلبه الثاني بالنقد الذي يدفعه المصرف كليا أو جزئيا وذلك في مقابل التزام الطالب بشراء ما أمر به، وحسب الربح المتفق عليه عند الابتداء "(٤) .وحسب قول البنك: إنه لا يبيع الراغب في الشراء حتى يملك السلعة ثم يجري عقد البيع، ومن المهم الإشارة إلى أن البنك يشتري ويصبح مالكا للسلعة ويتحمل البنك تبعة هلاكها قبل تسليمها للمشتري .(٥)ثانيا : حكم بيع المرابحة :ـــــــــــــــــ(١) راجع كتب الفقه المختلفة : كالمغني لابن قدامة ، والأم للشافعي ، وبدائع الصنائع للكاساني ، ومن الكتب الحديثة المبسطة فقه السنة لسيد سابق.(٢) الزرقاني ،١٧٣/٣.(٣) قلعه جي ،٣٨٩.(٤) البنك الإسلامي الأردني، قانون البنك الأردني ،٢.(٥) البنك الإسلامي الأردني ، تجربة البنك الإسلامي الأردني ،١٧..." (١)

"وإذا أقيمت البينة فلا وجه للقول بعدم سماعها أو بعدم قبولها، فهي بينة عادلة شهدت بما يحتمل الصدق فتقبل كسائر البنيات، وأمر الغلط هذا وارد على بنى آدم لأنه- وكما ذكرنا- وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير الحقيقة، هذا ولا يرتبط سماع البينة أو قبولها بما اشترطه الشافعية من أن يكون للغلط وجه محتمل، بل يكفي أن يقول: لقد سبق لساني إلي هذا لأقول من غير قصد له. فإذا أقام البينة على ذلك قبل قوله، وإني لأعجب ممن يوجبون التمسك بخطأ شهدت البينة العادلة بضده.هذا وإذا أقيمت البينة العادلة خير المشتري بين قبول المبيع بثمنه الجديد وفسخ العقد وفي هذا تحقيق للعدل الكامل بين طرفي العقد، فلم نلزم المشتري بالثمن الجديد لأنه ربما كان عليه ضرر في التزامه، فقد دخل في البيع وارتضاه من قبل على أساس الثمن الأول، وقد لا يناسبه الثمن الجديد. فإذا اختار دفع الزيادة فله ذلك وإن اختار الفسخ فذلك حقه.هذا وقد اختلف الفقهاء فيمن اشتري السلعة ممن لا تقبل شهادتهم له : كابنه وأبيه وأمه، ثم أراد أن يبيعها مرابحة، هل يجب عليه بيان ذلك أم لا؟، لأن ذلك من باب الغلط أيضا في صفة من صفات المتعاقد.فذهب الحنفية(٤٢) والحنابلة(٤٣) إلي وجود البيان لأنه تهمة

(١) أبحاث المؤتمر العالمي الثالث للإقتصاد الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة، ٥/٢٠

المسامحة في شرائه من هؤلاء، فكانت التهمة وهي الشراء بزيادة الثمن قائمة فلابد من البيان.وقال الشافعي(٤٤)، يجوز وإن لم يبين؛ لأنه اشتراه بعقد صحيح وأخبره بثمنه فأشبه ما لو اشتراه من أجنبي، وقد أوجب بعض الشافعية وجوب البيان مع الشراء من ابنه الطفل دفعا للتهمة.وفرق الإمام مالك بين ما كان فيه محاباة (فلم يجز بيعه مرابحة إلا ببيان) وما كان بيعا صحيحا، فقد جعله بمنزلة الشراء من أجنبي فلم يوجب البيان(٤٥).." (١)

"فقه المعاملات وما ينبغي أن يعرفه رجل المحاسبةسؤال من الأستاذ السيد يوسف المبارك من الرياض بكتابة ما ينبغي معرفته لرجل المحاسبة لتدريب الموظفين في مؤسسة المحاسبة ومركز التدريب الذي أنشؤوه.فأجاب فضيلته الأستاذ الزرقا . حفظه الله تعالى .:١ - نظرا إلى أن رجل المحاسبة يقوم بمهمته في تدقيق الحسابات والمعاملات والميزانيات لدى المؤسسات المالية التجارية، والمصارف، والجمعيات، وأن معظم المعاملات المالية لديها هي من قبيل العقود؛ لذا ينبغي لرجل المحاسبة أن يكون له إلمام إجمالي بنظام التعاقد، وأحكام العقود التي موضوعها وثيق الصلة بنشاطات هذه المؤسسات في فقه الشريعة؛ لأن القضاء في المملكة العربية السعودية يعتمد الشريعة الإسلامية.وبما أن التعاقد الصحيح الملزم **لطرفي العقد** يخضع لقواعد وشرائط عامة تشمل جميع أنواع العقود، فهي كالقاسم المشترك بينها جميعا، وأي عقد لا تتوافر فيه يكون باطلا لا أثر له، ثم إن كل عقد بخصوصه من العقود المسماة كالبيع، والهبة، والإجارة، والإعارة، والإبداع، والشركة، إلخ... له أحكامه الخاصة به بحسب موضوعه، وتختلف هذه الأحكام والشرائط الخاصة بين عقد وآخر، وذلك إلى جانب تلك الأحكام العامة والقواعد التي تخضع لها جميع أنواع العقود؛ لذلك وجب أن يكون لرجل المحاسبة إلمام إجمالي بكلا هذين النوعين من أحكام العقود وشرائطها، أي:أ . الأحكام والقواعد العامة المشار إليها، ومنها تتألف نظرية العقد العامة التي تتضمن قواعد التعاقد في مراحله الثلاث: إنشاء العقد، وآثار العقد بعد وجوده، وانحلال العقد.ب . أحكام أهم العقود المسماة إجمالا، أي: ما يخص كل عقد منها، ولا يجري في سواه.." (٢)

"١٥٤. هل التأمين على الحياة حلال؟الجواب:(١) الذين يتحدثون عن التأمين في حله أو في حرمته يختلفون في تصوره وفي هدفه. فأولئكم الذين يرون حرمته يتصورون عقده بين المؤمن وشركة التأمين على أنه عقد ينطوي على غرر وجهالة. أي أنه ينطوي على احتمال ضرر على الأقل بأحد **طرفي العقد**.ولنأخذ

---

(١) أبحاث المؤتمر العالمي الثالث للإقتصاد الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة، ١٥/٣١

(٢) فتاوى الزرقا، ١/١١٣

مثلا عقد التأمين على الحياة لمدة عشرين عاما. فإن المؤمن إن مات قبل العشرين عاما لحق ضرر بالشركة فيما تدفعه لورثة المؤمن من كامل المبلغ المتفق عليه، رغم أن الأقساط لم تستوف كلها بعد. أو إن عاش المدة كلها لحق الضرر آنئذ بالمؤمن لأنه لا يأخذ جميع ما دفعه من أقساط في المدة التي اتفق عليها، بل تدفع له الشركة أقل مما دفع هو على أية حال.ولنأخذ مثلا آخر كذلك وهو التأمين على السيارة ضد الحوادث أو التأمين على المنزل ضد الحريق. ومثل هذا العقد يتجدد سنويا بين المؤمن والشركة. ومؤدى هذا العقد أن قسط التأمين الذي دفعه المؤمن للشركة عن المبلغ المقدم ثمنا لسيارته ينتهي كله لصالح الشركة بإنهاء السنة التي دفع عنها القسط إذا لم تقع حوادث للسيارة أو إذا لم يقع حريق للمنزل في تلك السنة. وهنا تكون منفعة عقد التأمين في ظاهر الأمر للشركة دون أن تفعل شيئا، بينما لحق غبن بالمؤمن لأنه لم ينل شيئا مقابل ما دفع من قسط. وهنا يكون عقد التأمين قد جر في النهاية غنما لطرف وغرما لطرف آخر، وإن لم يعرف على وجه التحديد في بداية العقد أي طرف من الطرفين هو صاحب الغنم وأي طرف آخر عليه الغرم.ولأن عقد التأمين على هذا النحو لا يتبين فيه في بداية قيامه أي من الطرفين هو الغانم وأي منهما هو الغارم.. كان منطويا على ما يسمى من عرف الفقهاء بالغرر وهو الجهالة أو عدم التحديد. والعقد الصحيح بين الطرفين في الإسلام هو ما كان واضح المعالم وجنب الضرر لأحدهما أو لكليهما.." (١)

"أما دفعه فلأنه تحريض على البخس في الكيل أو الوزن أو النوع لمن لا يدفعها.. وأما قبوله فلأنه ينطوي على أخذ زيادة في ثمن السلعة المتفق عليه فهو أكل أموال الناس بالباطل.فإذا كان دفع الإكرامية أو عدم دفعها سواء في عدم التأثير على الكيل أو الوزن أو النوع في السلعة فذلك أمر يدخل في معنى الإهداء وهذا جائز.وإذا كان إنجاز الأعمال في المصالح الحكومية يتم أسرع أو على وجه مرضي إن دفعت الإكرامية.. ويماطل في إنجازها أو إذا تم على وجه غير مرضي إن لم تدفع. فالإكرامية هنا في دفعها وقبولها أكل أموال الناس بالباطل.. إذ المفروض أن مصالح الأفراد في المصالح الحكومية سواء، وإن إنجازها يجب أن لا يؤثر عليها ويلحق بها أذى وضرر ما.. ماديا أو أدبيا..وعلى كل حال يجب أن لا تكون حاجات الناس موضع استغلال في البيع والشراء، وفي العقود جميعا.. وفي إنجازها.. وأساس المعاملة في الإسلام هو أن: "لا ضرر ولا ضرار" وما حرم في أنواع المعاملات تحريمه كان قائما على دفع الضرر والإيذاء..فالربا مهما قل ترجع حرمته إلى استغلال الحاجة.. وتطفيف الكيل أو بخسه يعود في تحريمه كذلك إلى استغلال

---

(١) فتاوى البهي، /١

الحاجة وأكل أموال الناس بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض، يحرم لأنه ينطوي على هذا الاستغلال والبيوع الفاسدة كلها تعود في فسادها إلى إلحاق ضرر بأحد طرفي العقد وبهما معا..وإنجاز مصالح الأفراد في دواوين الدولة هي أصلها عقود على منافع، الدولة طرف والأفراد طرف آخر.. وأي من الطرفين يلحق ضررا بالطرف الآخر عليه وزره وحرمته..ومن هنا كان التهرب من دفع الضرائب حراما؛ لأنه يلحق الأذى بالدولة ويخل بالنقد..." (١)

"٦٩ ـ ما هي الحرية التي تتمتع بها المرأة في العلاقة الزوجية؟حرية الزوجة فيما تملك:يقول الله تعالى: (فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) (النساء: ٤).زواج المرأة بالرجل لا يذهب بشخصية المرأة، ولا باستقلالها في عقيدتها إن كانت كتابية أي يهودية أو نصرانية، كما لا يذهب بحريتها في التصرف فيما تملك، ولا يضعف من شأن هذه الحرية لديها؛ لأن عقد الزواج ـ كأي عقد آخر يجيزه الإسلام ـ هو عقد "مماثلة". أي أن التماثل يجب أن يكون متحققا في طرفي العقد. ومن هنا كان للزوجات نفس الحقوق وعليهن نفس الواجبات التي للرجال وعليهم: (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) (البقرة: ٢٢٨). ودرجة الرجال على النساء في قول الله تعالى: (وللرجال عليهن درجة) (البقرة: ٢٢٨) هي تفوق في المعاملة الكريمة فوق "المماثلة" التي للاثنين، أي زيادة في الرعاية تنم عن إحسان وكرم في سلوك الزوج نحو زوجته.ومن شأن عقد المماثلة أن لا يفقد أي طرف من طرفيه ما كان له قبل العقد. والإنسان ـ أنثى أو رجل ـ لا يحجر عليه في شأن المال إلا بسفه في التصرف فيه. وما عدا السفه فله حريته في استثماره والانتفاع به، على أن يؤدي حق الغير فيه؛ لأن ملكية المال الخاصة في الإسلام مشروطة بمنفعته العامة للمالك له، ولمن تجب له الزكاة والإحسان منه.." (٢)

"أما غياب إشهار الزواج ـ وهو عرف جار ـ عن عقد الزواج: فضرره يعود على طرفي العقد، وهما الزوجة والزوج، فلو فرض أن الزوجة كانت ثيبا ولها الحق في أن تزوج نفسها بنفسها، أي لا تحتاج إلى وليها في عقد الزواج، وبالإيجاب منها، وبالقبول من الزوج يتم العقد صحيحا، وتجوز صحة مباشرته من الزوجين في علاقة شرعية بينهما، إلا أن عدم إعلانه ربما يحدث تقولات وشائعات عن هذا الزواج تضر بالزوجة أو بالزوج، أو بهما معا: ففي حال اختلاطهما، وفي حال سكناهما معا،وفي حال خروجهما وعودتهما إلى المنزل، وفي أحوال أخرى كذلك، ربما يسمعان أو يشاهدان ما يؤذي سمعهما وبصرهما،

(١) فتاوى البهي، /٣

(٢) فتاوى البهي، ١/٧٤

ومن هنا كانت عادة الاحتفال "بالزفاف" أمرا مرغوبا فيه لإعلام المعارف والجيران، والحيلولة دون انتشار إشاعة سيئة أو مغرضة حول العلاقة بين الزوجين والزوجة، والعقد العرفي يكاد يكون عقدا سريا، أو على الأقل غير مرغوب في الإعلام به.وغياب التوثيق الرسمي لعقد الزواج، عن الزواج العرفي قد يكون سببا في إلحاق الضرر بأحد طرفي العقد، عندما تنحل الزوجية في سرية، أو عندما يذهب كل منهما إلى حاله، غير مقدر لوضع الآخر، فقد تكون الزوجة حاملا ممن؟ سيسأل الناس، وما مصيره؟ ستسأل الزوجة ويسأل أهلها معها، وقد تكون مريضة، أو يكون هو مريضا بمرض من الأمراض السرية لا قدر الله؟في غياب التوثيق الرسمي لعقد الزواج تضيع المسئولية الزوجية أو يهمل أمرها، والحب .كما يقال . الذي يعتبر مسئولا إلى حد كبير عن العقد العرفي يبقى العامل القوي في حل مشاكل الزوجية في ظل هذا العقد، لا يبقى كأي عامل إيجابي في إبعاد شبح القلق، والريبة، وعدم الاستمرار في ظل هذا العقد.." (١)

"٨٧٢ مسألة إذا كان المال مشتركا بين الصبي والوصي لا ينفرد بالقيمة خصوصا على قولنا أنه بيع كما لا يبيع ماله من نفسه إلا أن يكون أبا أو جدا فنفعل بل القاضي ينصب فيما عن الصبي حتى يقاسمه٨٧٣ مسألة الوصي إذا استأجر رجلا لأمر من أمور الصبي إجارة فاسدة فأجر المثل على من يجب قال يجب على الوصي في مال نفسه لأن العقد لم ينعقد في حق الصبي قال ويحتمل أن يقال إن كان قد حصل للصبي به نفع بأن كان قد استأجره ليبني داره وقد فعل أو ليأخذ دينا له على إنسان وقد حصل أن يكون أجر المثل في مال الصبي وأصله أن السيد إذا أذن لعبده في النكاح فنكح نكاحا فاسدا يتعلق المهر بكسبه كما في الصحيح لوجوده أم يجعل كأنه عري عن الإذن فقولان٨٧٤ مسألة ولو أمر الصبي عنده ليعمل لأطفال ليس له أن يأخذ نفقة العبد وكسوته من مال الطفل إلا أن يؤاجره من الصبي ويقبل الحاكم من جهة الصبي ولا يمكنه أن يقبل بنفسه لأنه لا يتولى طرفي العقد فإن كان أبا أو جدا ولو لم يؤاجر ولكن كان في عزمه أن ينفق منه فهل له أجر المثل في المسألة الأولى الأصح لا٨٧٥ مسألة الأب إذا وكل وكيلا لبيع ماله من ولده الطفل أعني ولد الموكل لا يجوز لأن عبارة الوكيل لا تصح لطرفي العقد قلنا إذا وكله بأحد الطرفين وتولى الأب الطرف الآخر يجوز ويجعل كأن الأب يجعله بنفسه ولسان الوكيل لسان الموكل٨٧٦ مسألة إذا دفع شيئا إلى إنسان ليدفع إلى غريمه فدخل مسجدا فنام فسرق منه قال إن لم يتمكن من الدفع إلى الغريم ولم يترك الاحتياط في الشد والأحكام لا يضمن٨٧٧ مسألة أودع عبدا من إنسان فأبق من يده ولم يخبر المالك المودع حتى مضي أيام ولو أخبره ربما أدركه فهل يصير بترك الإخبار

---

(١) فتاوى البهي، ٣/١٦٦

ضامنا قال لافتاوى ابن الصلاح ج:٢ ص:٦٤٠يصير ضامنا لأنه إنما استودعه على حفظه لا على الإخبار بما يصنع العبد كما لو مرض العبد فلم يخبره حتى مات." (١)

"سؤال رقم ٦١٩٤- هل يجوز البيع للزبائن السكارىالسؤال : والدي له بقالة وبعض الأحيان يأتي زبائن سكرانين ، هل يجوز أن نتعامل مع مثل هؤلاء الزبائن ؟ وإذا كان يجوز فهل ينقض الوضوء شمنا لرائحة الكحول القوية المنبعثة منهم أو من علب البيرة التي يحملونها بأيديهم ويشربون منها ؟الجواب :عرضنا السؤال التالي على فضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين :صاحب محل تجاري في بلاد الغرب يدخل عليه نصارى سكارى أو يترنحون ليشتروا أشياء مباحة فهل يجوز أن يبيعهم ؟فأجاب حفظه الله :نعم . مادام أنهم نصارى ؟سؤال :لماذاالجواب :يجوز لأن النصارى يعتقدون حل شرب الخمر .سؤال :أشكل علينا أن أحد طرفي العقد ليس في عقله (ليس عاقلا)جواب :أليس يعرف أن يشتري ؟سؤال :للسكران أحوال ، فقد يكون واعيا لعملية الشراء وقد لا يكون ؟جواب :إذا كانوا بحال لا يعلمون ، فهذا لا يجوز معاملته .سؤال :أما إذا كان السكران يعلم ماذا يفعل ؟جواب :فلا بأس ، كما في الآية الكريمة : " لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون " . والله أعلم .الشيخ محمد بن صالح العثيمين*****٦١٩٥لا تعرف عائلة أبيها فهل تنتسب إلى عائلة والدتهاالآداب > الأسماء والكنى والألقاب >." (٢)

"في ذلك . ففي المذهبين يفسد الشرط إذا كان مناقضا لمقتضى العقد ، أو كان صفقة أخرى تقابل الصفقة الأصلية كبيع وسلف ، فيخل الشرط بالثمن كما يقول المذهب المالكي ، أو ينهى عن الشرط نص خاص كما يقول المذهب الحنبلي . وفي هذا النوع من الشرط الفاسد نلمح في المذهبين أثرا لمبدأ وحدة الصفقة ، فهما يستبقيان هذا المبدأ في صورة من صوره ، بل أن المذهب الحنبلي يزيد على المذهب المالكي بتحريم اجتماع الشرطين في عقد واحد . أما إذا أخذنا المذهب الحنبلي بعد تجديد ابن تيمية ، فإننا نراه يتقدم تقدما كبيرا في التطور ، فينبذ مبدأ وحدة الصفقة ، ويضيق من منطقة الشروط الفاسدة ، فلا يكون الشرط فاسدا إلا إذا كان منافيا لمقتضى العقد ، أو إلا إذا كان مناقضا للشرع (١) . ا هويمكننا – على ضوء ما تقدم تقسيم الشروط في العقود إلى صحيح وفاسد – أن ننظر هل الشرط الجزائي من الشروط الصحيحة في العقود أم من الفاسدة ؟ وفي حال القول بفساده هل ينحصر الفساد فيه أم يتعداه إلى العقد نفسه فيبطل ببطلانه .لقد ذكر أهل العلم رحمهم الله أن الشروط في العقود قسمان : صحيح وفاسدأما

---

(١) فتاوى ابن الصلاح، ٢/٢٠٩

(٢) فتاوى الإسلام سؤال وجواب، ص/٥٣٢٣

الصحيح فثلاثة أنواع : أحدها شرط يقتضيه العقد كالتقابض وحلول الثمن ، ويظهر أن الشرط الجزائي ليس من هذا النوع لإمكان تحقيق العقد بدونه .الثاني : شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كالتأجيل أو الرهن أو الضمين به أو صفة في المثمن ككون العبد خصيا أو مسلما والأمة بكرا والدابة هملاجة ، وحكمه أنه صحيح وإن المشروط عليه إن وفى بالشرط لزم البيع وإن لم يف به فإن تعذر الوفاء تعين الأرش لصاحب الشرط ، وإن لم يتعذر الوفاء به ففيه وجهان ، الأول : أن صاحب الشرط مخير بين الفسخ والأرش وهو الصحيح من المذهب ، والثاني : أنه ليس له إلا الفسخ .وعلى هذا يمكن أن يقال : إن الشرط الجزائي من مصلحة العقد ؛ لأنه حافز لمن شرط عليه أن ينجز لصاحب الشرط حقه ، ومساعد له على الوفاء بشرطه ، فكان شبيها باشتراط الرهن والكفيل في الوفاء لصاحب الشرط بشرطه ، وإذن يصح الشرط ، ويلزم الوفاء به ، فإن لم يف وتعذر استدراك ما فات تعين لمن اشترط شرطا جزائيا الأرش ، وقد اتفق عليه عند العقد بتراضيهما ، وإن لم يتعذر الاستدراك فلصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد والأرش مع بقائه .الثالث : شرط فيه منفعة معلومة وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته وليس منافيا لمقتضاه كاشتراط البائع سكنى الدار شهرا أو اشتراط المشتري خياطة الثوب ، وفي حكمه خلاف ، قيل : يصح وقيل : لا يصح ، ويظهر أن الشرط الجزائي ليس من هذا النوع من الشروط فهو مرتبط بالعقد حيث إنه تقدير للضرر المتوقع حصوله في حالة عدم الوفاء بالالتزام .وأما الفاسدة فثلاثة أنواع :أحدها : أن يشترط أحد طرفي العقد على الطرف الثاني عقدا آخر كبيع أو إجارة أو نحو ذلك فهذا الشرط غير صحيح ، وهل يبطل العقد لبطلان الشرط أم يصح العقد ويبطل الشرط ، قولان لأهل العلم أشهرها____________(١) ملحوظة : نقلت اللجنة ما تقدم عن الدكتور السنهوري لما فيه من نصوص فقهية في الموضوع من المذاهب الأربعة مع مقارنة بينها ، وفي هذا فوائد كثيرة ، غير أنه وقع في حديثه عن تطور الفقه الإسلامي بعض أخطاء ، منها ظنه أن المالكيين والحنابلة انتهيا إلى عدم اعتبار وحدة الصفقة في صحة العقد ، غير أنهما استبقياها في صور قليلة كبيع وسلف أو شرطين في عقد ، ومنها ظنه أن ابن تيمية نبذ مبدأ وحدة الصفقة مطلقا في صحة العقد ، وأنه بذلك طور مذهب الإمام أحمد ص ٦٣ - ٦٤ - ٦٧ - ٦٨ - ٧١ - ٧٢ .." (١)

"إحداها : شرط يقتضيه العقد : كاشتراط التقابض وحلول الثمن .الثاني : شرط من مصلحة العقد : كاشتراط صفة في الثمن كالتأجيل أو الرهن أو الكفيل به أو صفة في الثمن ككون الأمة بكرا .الثالث :

---

(١) مجلة البحوث الإسلامية، ١٣٤/٢

شرط فيه منفعة معلومة وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا منافيا لمقتضاه : كاشتراط البائع سكنى الدار شهرا .وتقسيم الفاسدة إلى ثلاثة أنواع .إحداها : اشتراط أحد طرفي العقد على الطرف الثاني عقدا آخر : كبيع أو إجارة أو نحو ذلك .الثاني : اشتراط ما ينافي مقتضى العقد : كأن يشترط في المبيع ألا خسارة عليه أو ألا يبيع أو يهب ولا يعتق .الثالث : الشرط الذي يتعلق به العقد : كقوله : بعتك إن جاء فلان .وبتطبيق الشرط الجزائي عليها وظهور أنه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدود له ، والاستئناس بما رواه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلا قال ل كريه : أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم ، فلم يخرج فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه . وقال أيوب عن ابن سيرين أن رجلا باع طعاما وقال : إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع ، فلم يجئ فقال شريح للمشتري : أنت أخلفت فقضى عليه .وفضلا عن ذلك فهو في مقابلة الإخلال بالالتزام حيث إن الإخلال به مظنة الضرر وتفويت المنافع . وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله ، وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود والعقود تحقيقا لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ (١)لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع : أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام______________(١) سورة المائدة الآية ١." (١)

"القرض الذي لا يقف التماثل فيه عند تساوي المقادير ، بل يشمل جودة المال ومقداره جميعا .د- ولا ينتفي ربا الفضل إلا بتحقيق المتعاقدين من تساوي البدلين وزنا ، إن كانا من النقدين ، أو كيلا ، إن كانا من مواد الطعام ، فإن وجدت زيادة ، أو احتمل وجودها ، لعدم وزن أحد البدلين أو كليهما ، كان ربا فضل ، يستوي في أمره صاحب البدل الأكبر الذي زاد ومن قدم البدل الأصغر الذي ازداد ، فكل منهما كما جاء بالنص ، قد أربى ، ولا يجوز لمن زاد إبراء صاحبه من الزيادة ، لأن الحظر هو لمحض حق الله تعالى ، يكفل به مصالح الجماعة ، وليس الحظر متعلقا بشيء من حق المتعاقد .كما لا يلتزم من أخذ زيادة الوزن أو الكيل أن يردها ، ويصح الصرف أو المقايضة ، خلافا للقرض إن اشترط فيه الربا ، إذ يبطل شرط الربا لفساده ويبقى القرض صحيحا ، وليس كذلك الصرف والمقايضة الربويان ، فإن فساد العقد في أصل محله ، ول يس فيه شرط خارج عنه ، فلا ينتهي الحظر إلا بنقض العاقد ذاته . ثم نجد القرض ، وإن حظر شرط الزيادة فيه أو جر المنفعة منه خلال تأجيله ، لا يحظر على المقترض ، إذا شاء أن يزيد فيما

---

(١) مجلة البحوث الإسلامية، ٢/١٤١

يرده إلى من أقرضه من باب حسن القضاء ، كما جاء الحديث القدسي بفضل الدائن السمح الذي يتجوز عن الموسر بقبول ما فيه نقص يسير من الوفاء ، وفي معجم الفقه الحنبلي أنه يجوز وفاء القرض بخير منه في القدر أو الصفة ، أو بما هو دونه بتراضي طرفي العقد .هـ – وفي ربا الفضل ، بما يفرضه من تساوي المقادير وإهدار التفاوت بين قيمها ، ما يوصد بعضا من أبواب المقايضة ، وهي وسيلة بدائية للتداول ، ويفتح بها أبوابا من البيع بالنقود ، وهي أضبط في تقويم الأشياء وأخفها حملا وأيسرها ادخارا ، وفي فرض البيع بها تكثير التجار وازدهار الأسواق ، بما يدفع التداول في اقتصاد الأمة الإسلامية على طريق التقدم . أما ربا الدين فيدور في صعيد الائتمان ، الذي لا يتصل ببيع يعقد أو تجارة حاضرة تدار ، وتختلف لذلك حكمة حظره عن الحكمة في حظر التفاضل في تلك البيوع .." (١)

"وقد انتقد الأستاذ الدكتور محمد عوض هذا الرأي وقال : وأولى أن يشبه عقد الحساب الجاري بالعقود المستمرة فهو عقد مستمر وككل العقود المستمرة هو يقوم على الثقة ؛ لأن استطالة مدة التنفيذ تتطلب من كل من طرفي العقد أن يركن إلى أمانة الطرف الآخر ، ومن الثابت أن موت أحد طرفي العقود المستمرة لا يؤدي إلى إنهائها فورا وبقوة القانون ؛ فضلا على أن عقد الحساب الجاري هو عقد تابع مقصود به تسوية العمليات المترتبة على عقود أخرى بين طرفيه فإذا كانت هذه العقود لم تنته بالوفاة فما معنى انتهاء عقد الحساب الجاري وهو تابع خادم للعقود الأصلية .ولعل بعض القضاة قد راعى هذه الملاحظات فحكم أن في وسع ورثة المتوفى إطالة أجل الحساب الجاري الذي كان مورثهم طرفا فيه ، وتستخلص رغبتهم في ذلك من عدم قيامهم بإخطار البنك بوفاة العميل ورغبتهم في قفل الحساب وتسويته ، كما حكم أن الحساب الذي يفتحه البنك لورثة عميله وهم في حالة شيوع مع استمرارهم في ذات الاستغلال الذي كان مورثهم يباشره لا يعد حسابا مستقلا قانونا عن الحساب الأول ا هـ (١) .وإذا تم قفل الحساب ترتبت عليه الآثار الآتية :(أ) وقوع المقاصة بين مفردات الحساب .(ب) استخراج الرصيد وتسويته .(ج) الوفاء بالرصيد بمعنى أنه بمجرد تسويته واستخراجه يكون مستحق الأداء فورا ما لم يتفق الطرفان على تأجيل الوفاء أو إدراجه في حساب جديد .(د) جواز الحجز عليه تحت يد المدين به باعتباره دينا واجبا مستحق الأداء .(هـ) عدم جواز إحياء الحساب بعد قفله لكون رصيده أصبح دينا مستحقا واجب الأداء ، فإذا أراد طرفاه استئناف التعامل بينهما بطريق الحساب الجاري فتحا حسابا جديدا (٢)

---

(١) مجلة البحوث الإسلامية، ٢٠٩/٥

.ـــــــــــــــــ(١) انظر كتابه ص ٢٧٨ " عمليات البنوك من الوجهة القانونية "(٢) انظر ص ٢٣٨ – ٢٤٠ ، من العقود وعمليات البنوك التجارية للدكتور علي البارودي ، الطبعة الثانية." (١)

"يرجع إلى الاعتبار الشخصي والوفاة والإفلاس وفسخ العقد ، وفيما يلي شرح هذه الأسباب: قال الدكتور علي جمال الدين عوض : الأصل أن ينتهي بحلول الأجل المحدد لها بانتهاء العمل الذي فتح من أجله ، ولكن هناك أسباب أخرى كثيرة ينتهي بها ، أهمها يرجع إلى تأثير الاعتبار الشخصي لأحد الطرفين؛ لأن فتح الاعتماد يقوم على هذا الاعتبار ، ولكن يلاحظ أن انتهاء العقد لا تبدو أهميته إلا من ناحية التزام البنك ولذلك نخصه بالدراسة:١ – وفاء البنك بالتزامه أي وفاؤه بما تعهد به أيا كانت وسيلة تنفيذ الاعتماد ، فذلك ينهي التزامات البنك ، وإذا كان تعهده بتقديم نقود في حساب جار لم ينته التزام البنك بمجرد سحب العميل المبلغ؛ لأن ذلك لا يعتبر وفاء من البنك ولا ينتهي التزامه إلا بقفل الحساب ، وإذا كان الاعتماد مفتوحا لتحويل عملية معينة واجهها العقد امتنع إنهاؤه قبل انتهاء هذه العملية .٢ – حلول ا لأجل: أي انتهاء المدة المصرح للعميل بالإفادة خلالها من الاعتماد الذي وعده البنك إذا كان محددا في العقد مدة ، ولا يكون للبنك في هذه الحالة أن ينهي العقد بإرادته إلا إذا وجد مبرر مما سنعرض له .وبالرغم من كون الاعتماد قد فتح محددا بمدة معينة فإن هذه المدة تعتبر أجلا لصالح البنك له أن يمسك بحلوله وله أن ينزل عن ذلك ويطيل فيه . . . أما إذا لم تحدد المدة فيجوز لكل **طرفي العقد** إنهاؤه ، وإن كان العميل لا يلجأ إلى ذلك؛ لأنه غير مجبر على استخدام الاعتماد كما تقدم ، وأما البنك فليس له إنهاء العقد إلا بقيود تهدف إلى عدم الإضرار بالعميل ضررا لا تبرره حماية مصالح البنك فيجب أن يكون إنهاء العقد بحسن النية ، وفي وقت مناسب ، وأن يوجه البنك إخطارا إلى العميل." (٢)

"عنصر جديد ومؤثر في العملية . من تعنى بمن يقصد الاتجار من **طرفي العقد** إن كان المدين فهذا لا أثر له . ومن الذي قال إن القرض كان في الجاهلية أو في صدر الإسلام أو في أي عصر أو في عصرنا هذا إنما يكون بقصد الاستهلاك فحسب من قبل المدين أو المقترض ؟ وإن كان الكامن لذلك هو الدائن " المقرض " بأن يستخدم إقراضه أو دائنيته لغيره لإدرار العوائد والفوائد متخذا من ذلك نشاطا تجاريا ، فيقول الإسلام له إن ذلك منك حرام مهما كانت نوعية المقترض أو المدين ، وإذا أردت توظيف مالك توظيفا اقتصاديا فالباب أمامك مفتوح على مصراعيه للولوج منه ، أما أن تترك الباب المشروع لتوظيف

---

(١) مجلة البحوث الإسلامية، ٨/٤٠

(٢) مجلة البحوث الإسلامية، ٨/٩١

الأموال ؛ شركة ، مضاربة ، إلخ بقوانينها وضوابطها ثم تلج من باب القرض ذي الطبيعة الخاصة والقانون المميز مستخدما له استخدام مجال التوظيف الاقتصادي فهذا هو الحرام بعينه . وهذا فإن قصد الاتجار لا يحيل الحرام حلالا طالما نستخدم نفس الأدوات التي لا يجوز أن تستخدم في الاتجار ، وإلا فما أيسر أن تقتصر التجارة في أعمال كثيرة محظورة ، فهل يحيلها هذا القصد المجرد إلى حلال مباح ؟ ؟ إننا نرى اليوم عشرات الأعمال المحظورة والمحرمة أصبحت محلا للتجارة بل وللصناعة – وكلاهما نشاط اقتصادي مشروع – مثل التجارة في الفوائد الدائنة والمدينة " الأعماق المصرفية " ، الزنا وأعمال العهر ، المخدرات ، الملاهي والقمار . . إلخ وادعاء الكاتب بعدم وجود ضرر في تلك المعاملة غير صحيح ، فماذا عن المجتمع ، وماذا عن المديونية التي تجثم على صدر العديد من الدول الإسلامية ومعظمها مصدره الافتراض بفائدة ؟ وماذا عن الآثار الضارة للفائدة على الإنتاج وهيكله ومستواه ، والتوزيع والعمالة ، والاستقرار الاقتصادي مما هو مدون في أمهات كتب الاقتصاد الوضعي ؟ ؟ أليست هذه كلها أضرارا !!!." (١)

"ب– عناصر عقد التأمين أو أركانه :يرى بعض علماء القانون أن عقود التأمين يجب أن تشتمل على أربعة عناصر إذا تخلف أحدها اعتبر التأمين باطلا بطلانا أصليا تلك العناصر هي : الخطر والقسط ومبلغ التأمين والمصلحة التأمينية .أ– أما الخطر: فإن الغاية من التأمين هي ابتغاء مصلحة اقتصادية تقي خطرا معينا يخشى وقوعه كأخطار الحريق والسرقة والإصابات وغيرها . وبعض الكتاب يرى أن التأمين لا يكون دائما ضد الأخطار والكوارث ، فقد يكون الحادث المؤمن منه حادثا سعيدا كإنجاب الأولاد وتزويجهم ، والتأمين على الحياة ، وغير ذلك ، ولهذا يميل بعضهم إلى القول بأن الغاية من التأمين توقي ضائقة اقتصادية بابتغاء مصلحة اقتصادية تقيها . ويجب أن يكون الخطر المؤمن ضده معينا تعيينا دقيقا يتضح به نوعه وحده ليعرف به المؤمن حدود التزامه ، ويعرف المؤمن له الحال التي يستطيع فيها الرجوع على المؤمن عند حدوث الخطر لطلب التعويض . ويشترط لعنصر الخطر في التأمين الشروط التالية:–١ – أن يكون وقوع الخطر احتماليا وبهذا جاءت المادة (٧٨٢) من القانون المدني المصري بما نصه: يقع عقد التأمين باطلا إذا تبين أن الخطر المؤمن عنه كان قد زال أو كان قد تحقق في الوقت الذي تم فيه العقد .٢ – ألا يكون وقوعه إراديا محضا لما في ذلك من انتفاء ركن احتمال وقوع الخطر لأن وقوعه بالإرادة المحضة متعلق بإرادة أحد طرفي العقد . .٣ – ألا يكون الخطر مخالفا للنظام العام أو الآداب ، وبهذا جاءت المادة (٧٤٩) من القانون المدني المصري حيث نصت على أن يكون محلا للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة

(١) مجلة البحوث الإسلامية، ١٨/١٨٩

، فلا يجوز التأمين على الأخطار المترتبة على أعمال التهريب أو الاتجار في المخدرات أو على الأماكن." (١)

"من إرادتين ، كل إرادة منهما أهل للإلزام والالتزام ، ويعتبر عقدا مقتضيا للإلزام والالتزام بمجرد صدور الإيجاب والقبول من طرفيه سواء كان ذلك شفاها أو كتابة ، ويرى بعضهم أن العقد لا يكون ساري المفعول حتى يكون مسجلا ، وبعضهم يرى أن عقد التأمين يبدأ نفاذه من استلام أول قسط من المؤمن له .الثانية : أنه عقد احتمالي لأن خسارة أو ربح كل من طرفي العقد غير معروفة وقت العقد إذ أن ذلك متوقف على تحقق أو تخلف الخطر المؤمن عنه ، فعند تحققه أو تخلفه يتعين الرابح منهما والخاسر ، وهذا خاص في العلاقة الحقوقية القائمة بين طرفي العقد ، أما المؤمن فحيث إنه يتعامل مع مجموعة كبيرة من طالبي التأمين فخسارته مع أحدهم تتحملها أرباحه مع الآخرين .ولهذا الجانب اتجه بعض الكتاب إلى أن عقد التأمين يعتبر احتماليا بالنسبة إلى المؤمن له إذ هو الطرف الوحيد الذي يتجه إليه احتمال الربح أو الخسارة ، أما المؤمن فإن خسارته محمولة بأرباحه مع الآخرين ، فلا وجه لاحتمال خسارته ، وهناك من الكتاب من يرى أن الطرف الذي يعتبر العقد احتماليا بالنسبة له هو المؤمن إذ هو الوحيد الذي يتحمل الخسارة ويحصل على الربح ، أما المؤمن له فهو خاسر على كل حال؛ لأنه إن انتفي الخطر المؤمن عليه خسر قسط التأمين وإن تحقق الخطر أعطى مقابله وخسر القسط فهو خاسر لقسط التأمين على أي حال ، ويتجه جمهور علماء القانون إلى أن عقد التأمين عقد احتمالي للطرفين بالنسبة للعلاقة القانونية بينهما .." (٢)

"ز- مدة العقد وذلك بتحديد مدة نفاذ العقد بذكر تاريخ ابتدائه وتأريخ انتهائه .ح- الشروط الخاصة بالعقد والمتعلقة بمصالح طرفيه .ط- توقيع طرفي العقد المؤمن والمؤمن له وتأريخ التوقيع .." (٣)

"هـ- مقدار القسط الدوري وتعيين وقته ، وطريق سداده .و- بيان مدة العقد وتحديد نفاذه بذكر تأريخ ابتدائه وتاريخ انتهائه .ز- المبلغ المؤمن به ، ويسمى رأسمال بوليصة التأمين .ح- الشروط الخاصة بالعقد المتعلقة بمصالح طرفيه .ط- توقيع طرفي العقد- المؤمن والمؤمن له وتأريخ التوقيع .ولوثائق التأمين تقسيمات عدة باعتبارات مختلفة:-أ- فتنقسم باعتبار مدة سريان العقد إلى وثيقة سنوية ، وإلى وثيقة لفترة قصيرة- أي دون السنة- وإلى وثيقة لفترة طويلة- أيما أطول من سنة- وإلى وثيقة سفرية ، وهي التي يتوقف

---

(١) مجلة البحوث الإسلامية، ٣٣/١٩

(٢) مجلة البحوث الإسلامية، ٣٦/١٩

(٣) مجلة البحوث الإسلامية، ٤٢/١٩

أمد نفاذها على المدة التي يكمل فيها النقل ، ولقصر المدة وطولها تأثير في إضافة زيادة إلى القسط وعدم الإضافة ، وفي تعجيل دفع كامل القسط وعدم تعجيله .ب- وتنقسم من حيث نطاق ضمان العقد إلى وثيقة اعتيادية ، وهي التي تضمن شيئا معينا من خطر معين ، وهي أكثر الوثائق شيوعا ، وإلى وثيقة عائمة ، وهي التي تضمن شروطا عامة لتغطية شحنات متعددة لمدة غير محدودة بمبلغ تأمين إجمالي وبموجبها يلتزم المستأمن بدفع قسط التأمين بنسبة المبلغ الإجمالي مقدما ويكون قابلا للتسوية عند انتهاء عمليات الشحن ، وإلى وثيقة عامة ، وهي التي تصدر بالتأمين من أخطار متعددة يخشى حدوثها على أموال مختلفة ، ولذا يستوفى بموجبها قسط تأمين إجمالي يشمل كافة الأخطار المؤمن منها .ج- وتنقسم من حيث قيمة التأمين إلى وثيقة محدودة ، وهي التي حددت فيها قيمة التأمين بالنسبة لقيمة محل التأمين وقت العقد ،." (١)

"وفيما يلي كلام المحدثين في الاستدلال على تحريم التأمين لكونه قمارا :قال الشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية في رسالته "السوكرتاه " : عقد التأمين عقد فاسد شرعا ، وذلك لأنه معلق على خطر ، تارة يقع وتارة لا يقع ، فهو قمار معنى- ص ٢٤- ويقول الشيخ أحمد إبراهيم في التأمين على الحياة :أما إذا مات المؤمن له قبل إيفاء جميع الأقساط وقد يموت بعد دفع قسط واحد فقط ، وقد يكون الباقي مبلغا عظيما جدا ؛ لأن مبلغ التأمين على الحياة موكول تقديره إلى طرفي العقد على ما هو معلوم ، فإذا أدت الشركة المبلغ المتفق عليه كاملا لورثته أو لمن جعل له المؤمن ولاية قبض ما التزمت به الشركة بعد موته ، ففي مقابل أي شيء دفعت الشركة هذا المبلغ ؟ أليس هذا مخاطرة ومقامرة ؟ وإذا لم يكن هذا من صميم المقامرة ففي أي شيء تكون المقامرة إذن ، على أن المقامرة حاصلة أيضا من ناحية أخرى ، فإن المؤمن له بعد أن يوفي جميع ما التزمه من الأقساط يكون له كذا ، وإن مات قبل أن يوفيها كلها يكون لورثته كذا ، أليس هذا قمارا ومخاطرة حيث لا علم له ولا للشركة بما سيكون من الأمر على التعيين (١) .المناقشات لهذا الدليل :المناقشة الأولى لمصطفى الزرقا :قال : إن القمار لعب بالحظوظ ومقتلة للأخلاق العملية والفعالية الإنسانية ، وقد وصفه القرآن الكريم بأنه حبالة من حبائل الشيطان ، ووسيلة من وسائله ، يوقع بها بين الناس- وهم المقامرون لاعبو الميسر- العداوة والبغضاء ويلهيهم بها عن ذكر الله وعن الصلاة فأين القمار الذي______________(١) أسبوع الفقه الإسلامي ٤٥٩ .." (٢)

---

(١) مجلة البحوث الإسلامية، ٥٦/١٩

(٢) مجلة البحوث الإسلامية، ٩٣/١٩

"الشرعية إلا ما اقتضى إعطاؤه حكما شرعيا استثنائيا يتفق مع العدل ودفع الظلم وآثاره .وهذا هو الأصل في العقود طبقا للنصوص الشرعية من كتاب الله تعالى ومن سنة رسوله محمد – صلى الله عليه وسلم – ، قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ (١) وقال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ (٢) ﴿ وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا ﴾ (٣) ﴿ ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ﴾ (٤) ﴿ فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته ﴾ (٥) وقال تعالى : ﴿ والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون ﴾ (٦) وقال تعالى : ﴿ وبعهد الله أوفوا ﴾ (٧) .وفي المنتقى عن عمرو بن عوف أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال : « المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما » (٨) قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . وفي كتاب عمر بن الخطاب - رضي الله عنه – الذي كتبه إلى أبي موسى الأشعري : المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا .ولا شك أن عقود الالتزام عقود تراض مشتملة على شروط اتفقت إرادتا طرفي العقد على الأخذ بها وبما اشتملت عليه من شروط وقيود_____________(١) سورة المائدة الآية ١(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٢(٣) سورة البقرة الآية ٢٨٢(٤) سورة البقرة الآية ٢٨٢(٥) سورة البقرة الآية ٢٨٣(٦) سورة المؤمنون الآية ٨(٧) سورة الأنعام الآية ١٥٢(٨) سنن أبو داود الأقضية (٣٥٩٤).." (١)

"فالإسلام يعتبر المخاطرة في التجارة عنصرا ذا أثر فعال في إنعاش الحركة الاقتصادية لما تستلزمه المخاطرة من الحيطة والحذر والحرص والتدبر والمراقبة المستمرة للتقلبات الاقتصادية وبالتالي الأخذ بنتائج ذلك من بيع وشراء وإنتاج وتسويق ، فإذا قلنا بربط الحقوق المؤجلة بمستوى الأسعار ولم يكن لمن ترتبت عليه هذه الالتزامات سبب في التضرر بتغير الأسعار فإن هذا يعني معالجة الضرر بضرر ودفع خسارة طرف من أطراف والالتزامات بظلم طرفه الملتزم فضلا عما في ذلك من تشجيع الاستثمارات البنكية والتقليل من عنصر المخاطرة في التجارة حينما يعلم طرفا الالتزام أن العبرة بقيمة الحق موضوع الالتزام هو سعر يوم سداده وما يترتب على ذلك من الجهالة في مقدار الحق بالرغم من تقديره وقت الالتزام بقدر معين ، فملتزم بمليون دولار مثلا لزيد من الناس بعد عام يحل أجل السداد في وقت تكون القيمة الشرائية للدولار قد انخفضت بمقدار ٤٠٪ في المائة مثلا فربط الحق بسعر يوم سداده يعني أن مليون الدولار تتحول إلى مليون وأربعمائة دولار ، فالملتزم بالحق يعرف أن التزامه بمليون دولار ، ولكنه لا يعرف وقت سدادها مقدار

---

(١) مجلة البحوث الإسلامية، ٢٢/١٢٠

ما يسدده فقد يزيد مبلغ الالتزام وقد ينقص وهكذا في أموال عقود السلم ومضاربات البورصات وأجور العمال والالتزامات التوثيقية .وبهذا يتضح لنا أن الأخذ بمبدأ ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار مصادم للمقتضيات الشرعية في الشريعة الإسلامية وللتوجيهات الإسلامية للاقتصاد الإسلامي الحر وللطمأنينة الموجبة للثقة في أن الحق الملتزم به هو الحق قدرا نوعا وصفة وأجلا ، فلا يخشى صاحب الحق نقص حقه ولا يخشى الملتزم به تغيره عليه بزيادة . كما أن الأخذ بذلك موجب لظلم أحد طرفي العقد وأكل الظالم منهما مالا بدون." (١)

"أن تقدير الزيادة عليه يجب أن يراعى في تعيينها العدل فلا يجوز دفع ظلم بظلم ولا ضرر بضرر ، فمثلا زيد من الناس قد التزم لعمرو بمبلغ مائة ألف دولار مثلا يحل أجلها في غرة شهر محرم عام ١٤٠٧ ، وكان سعر الدولار بالين الياباني وقت الالتزام مائتين وأربعين ينا وفي أول يوم من شهر محرم عام ١٤٠٧ انخفض سعره إلى مائتين وعشرين ينا فطلب صاحب الحق حقه من الملتزم زيد فماطله إلى وقت انخفض سعر الدولار إلى مائة وخمسين ينا ، فما بين سعر الدولار وقت الالتزام بالحق وبين سعره وقت الاستعداد بالسداد نقص مقداره تسعون ينا في الدولار الواحد فإذا قلنا بضمان النقص للمماطلة فإن الفرق بين سعره وقت الحلول ثم المماطلة وبين سعره وقت الاستعداد بالوفاء هو سبعون ينا ، فالعدل أن يقتصر الضمان على هذا المقدار سبعين ينا عن كل دولار . أما التغير بزيادة فيتصور تضرر المدين بهذا التغير إلا أن الدائن ليس سببا في هذا الضرر ولهذا فضرره كضرر غيره من عموم من يتضرر بهذا التغير وانتفاع الدائن بهذا التغير كانتفاع غيره ممن ينتفع بهذا التغير من العموم ، وتأسيسا على هذا فليس للمدين حق ضمان ما يصيبه من ضرر لقاء تغير السعر بزيادة لانتفاء السبب الخاص بذلك .الحال الثانية : أن لا يكون للملتزم بالحق سبب في خسارة صاحب الحق بنقص حقه وإنما يرجع ذلك إلى أسباب قهرية لا دخل لأي من طرفي العقد بها ، فهذه الحال إن كانت الخسارة على أحد أطراف العقد تزيد عن الثلث فقد تقاس على قاعدة وضع الجوائح وإن كان القائلون بها يرون قصرها على الثمار على أصولها مما تم بيعها ولم تقبض فأصابها جائحة سماوية قضت عليها أو على بعضها إلا أن المسألة محل نظر في اجتماع القضيتين في حصول خسارة فاحشة ليس لأحد طرفي العقد سبب." (٢)

---

(١) مجلة البحوث الإسلامية، ١٢٣/٢٢

(٢) مجلة البحوث الإسلامية، ١٢٦/٢٢

"القصر لا يمكن تجاهله والأخذ بحرفية العقد مهما كانت النتائج فمن القواعد المقررة في فقه الشريعة أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .ولا يخفى أن طريق التدخل في مثل تلك الأحوال المعروضة آنفا في العقود المتراخية التنفيذ لأجل إيجاد الحل العادل الذي يزيل الجور إنما هو من اختصاص القضاء ففي ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة التي تنير طريق الحل الفقهي السديد في هذه القضية المستجدة الأهمية ، يقرر الفقه الإسلامي ما يلي:١ - في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلا غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغيرا كبيرا بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد ، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته ، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين ، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه ، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ ، يجبر له جانبا معقولا الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينما دون إرهاق للملتزم ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعا رأي أهل الخبرة الثقات .٢ - ويحق للقاضي أيضا أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير ، ولا يتضرر الملتزم له كثيرا بهذا الإمهال .هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقا للعدل الواجب بين طرفي العقد ، ومنعا للضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لا يد له فيه ، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم ، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها . والله ولي التوفيق .." (١)

"فقد حرمته التوراة (١) ، إلا أن اليهود من بعد موسى -مع احتفاظهم بتحريمه بين اليهود - أجازوه بين اليهود وغيرهم على أساس أن أموال غير اليهود حلال لليهود ؛ فهم حين يأخذون الربا من الأميين إنما يأخذون أموالهم ، قال الله تعالى : ﴿ ذلك بأنهم قالوا ليس علينا في الأميين سبيل ﴾ (٢) ، جاء في الإصحاح فقرة ٢٣ \ ١٩ - ٢٠ من سفر التثنية من التوراة المحرفة : " لا تقرض أخاك بربا ، ربا فضة ، أو ربا شيء مما يقرض بربا ، للأجنبي تقرض بربا ، ولكن لأخيك لا تقرض بربا " .وقد شنع الله على اليهود بهذا ، وتوعدهم بالعذاب الأليم : ﴿ فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم وبصدهم عن

(١) مجلة البحوث الإسلامية، ٣٢/٣٢٦

سبيل الله كثيرا ﴾ (٣) ﴿ وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل وأعتدنا للكافرين منهم عذابا أليما ﴾ (٤) ، وليس المقصود في الآية –والله أعلم– مجرد الإخبار بهذه الواقعة ، وإنما التحذير منه١ .وكان اعتياد اليهود لممارسة جريمة الربا سببا في كراهية العالم لهم ، وتشنيعه عليهم ، لا سيما العالم المسيحي الأوربي ، ومن آثار ذلك مسرحية شكسبير المشهورة (تاجر البندقية) .ثم جاءت الشريعة المسيحية بتأكيد تحريم الربا دون اعتبار **لطرفي العقد** الربوي ، ومن آثار هذا التحريم الآيتان ٢٤ و ٢٥ من الفصل السادس من إنجيل لوقا : (إذا أقرضتم لمن تنتظرون منهم المكافأة فأي فضل يعرف لكم ؟ ولكن افعلوا الخيرات ، وأقرضوا غير منتظرين عائداتها) ، ويقول سان توما : (إن تقاضي الفوائد عن النقود أمر غير عادل ، فإن هذا معناه استيفاء دين لا وجود له) .ومع أنه بانتصار العلمانية في العالم الغربي ، وبالتالي التحرر من القيود الدينية المسيحية بغلبة فكرة النسبية في الأخلاق ، قد أبيحت الفائدة على__________(١) انظر الملحق بعنوان "ربا اليهود" .(٢) سورة آل عمران الآية ٧٥(٣) سورة النساء الآية ١٦٠(٤) سورة النساء الآية ١٦١." (١)

"وسئل بعضهم عمن له ريالان عند رجل نسيئة وأخذ ريالا ونصفا فأجاب : الأئمة الأربعة لا يجوزونه وأفتى لنا عيال الشيخ بالجواز وهو الذي نعمل به الآن . ا . هـ (١) .وقال الشيخ عبد الرحمن بن سعدي إجابة على سؤال عن ذلك : الصحيح جواز الصلح عن الدين المؤجل ببعضه حالا لأن فيه إسراع براءة الذمة ولا محذور فيه ، وقصة بني النضير تدل عليه وكثيرا ما تدعو الحاجة إليه . ا . هـ (٢) .أما إذا كان الخاصم غير المسحوب عليه فلا نعلم خلافا بين أهل العلم في منع ذلك واعتباره من صريح الربا لأنه من قبيل بيع دراهم بدراهم أقل منها فضلا عن أنه لم يتم التقابض بين **طرفي العقد** في مجلسه .وللأستاذ محمد باقر الصدر رأي في وصف عملية الخصم نستحسن إيراده إكمالا للفائدة فهو يقول :وواضح أن عملية خصم الورقة التجارية هي في الواقع تقديم قرض من البنك إلى المستفيد لتلك الكمبيالة مثلا مع تحويل المستفيد البنك الدائن على محرر الكمبيالة ، وهذا التحويل من الحوالة على مدين . وهناك عنصر ثالث إلى جانب القرض والتحويل وهو تعهد المستفيد الذي خصم الورقة لدى البنك بوفاء محرر الورقة عند حلول أجلها ، فبحكم القرض يصبح المستفيد مالكا للمبلغ الذي خصم البنك به الكمبيالة ، وبحكم الحوالة يصبح البنك دائنا لمحرر تلك الكمبيالة ، وبحكم تعهد المستفيد بالوفاء يحق للبنك أن يطالب بتسديد

(١) مجلة البحوث الإسلامية، ١٠٦/٣٥

قيمة الكمبيالة إذا تخلف محررها عن ذلك عند حلول موعدها_______________(١) الدرر السنية جـ ٥ صـ ١٣٨ .(٢) الفتاوى السعدية صـ ٣٣٦ .." (١)

"لتحمل هذه المخاطر غير العادية في سبيل تحقيق أرباح عالية (١) ، وقد أثيرت تساؤلات عن سلامة هذه الوسائل ، وللإجابة على هذه التساؤلات تبرز الأسئلة التالية:١ – ما هي الشروط الواجب توافرها في العقود الفورية لتصبح سليمة؟ هل يتوجب التسليم والاستلام فورا؟ مع العلم أنه في الوقت الحاضر لا يتم الاستلام والتسليم إلا في حالات قليلة جدا ، ونظرا لتطور وسائل الدفع الحديثة ، وهل هناك مجال لقبول فترة تأجير في التسليم أو الاستلام دون التأثير على انعقاد العقد وقوة التزام الطرفين به ، ووجوب تنفيذه (٢) .٢ – هل يجب اجتماع البائع والمشتري في مجلس واحد؛ ليصبح العقد صحيحا؟ مع العلم أنه بفضل الله ثم وسائل الاتصال الحديثة يمكن أن يتم التفاهم كاملا ، بل وتبادل التأكيدات مكتوبة بالتلكس ، وإتمام الاتفاق مع وجود مسافة كبيرة بين طرفي العقد (٣) .______________(١) تقدم أن التغطية لا تحمي من المخاطرة، ولا تقضي على القمار، وأن المضاربين الوسطاء لا يزيدون الطين إلا بلة، ولا تقلبات الأسعار إلا شدة خطورة. انظر ص ٩٠.(٢) لا بد من القبض في مجلس العقد في الصرف، ويمكن تحقيق ذلك عن طريق الوسائل الحديثة بتقييد كل من الطرفين ما عليه في حساب الآخر عند العقد، ويمكن استخدام عقد السلم في شراء السلع مع تقييد الثمن كله حين العقد في حساب البائع قبل تفرق الطرفين عن مجالس المكالمة.(٣) يكفي تفاهم المتعاقدين عن طريق وسائل الاتصال الحديثة مع تأكد كلا الطرفين من صاحبه واطمئنانه إليه، ثم إبرام العقد عن طريق هذه الوسائل.." (٢)

"والتجارية والحكومية عن طريق طرح الأسهم وسندات القروض للبيع .ثالثا : أنها تسهل بيع الأسهم وسندات القروض للغير ، والانتفاع بقيمتها ، لأن الشركات المصدرة لها لا تصفي قيمتها لأصحابها .رابعا : أنها تسهل معرفة ميزان أسعار الأسهم وسندات القروض والبضائع ، وتموجاتها في ميدان التعامل عن طريق حركة العرض والطلب .(ب) وأما الجوانب السلبية الضارة في هذه السوق فهي :أولا : أن العقود الآجلة التي تجرى في هذه السوق ليست في معظمها بيعا حقيقيا ، ولا شراء حقيقيا ، لأنها لا يجرى فيها التقابض بين طرفي العقد فيما يشترط له التقابض في العرضين أو في أحدهما شرعا .ثانيا : أن البائع فيها غالبا يبيع ما لا يملك من عملات وأسهم أو سندات قروض أو بضائع على أمل شرائه من السوق وتسليمه

____

(١) مجلة البحوث الإسلامية، ٨٢/٤٠

(٢) مجلة البحوث الإسلامية، ١١١/٤٧

في الموعد ، دون أن يقبض الثمن عند العقد ، كما هو الشرط في السلم .ثالثا : أن المشتري فيها غالبا يبيع ما اشتراه لآخر قبل قبضه ، والآخر يبيعه أيضا لآخر قبل قبضه . وهكذا يتكرر البيع والشراء على الشيء ذاته قبل قبضه ، إلى أن تنتهي الصفقة إلى المشتري الأخير الذي قد يريد أن يتسلم المبيع من البائع الأول." (١)

"الأحكام وما يترتب عليها ذكروا لهذه العقود تقسيمات كثيرة ، من حيث الغرض من العقد ، ومن حيث سببه ، وعقد الهبة يندرج تحت عقود التبرعات .ويراد بعقود التبرعات : العقود التي يقوم التمليك فيها على التبرع من غير مقابل ؛ إذ إن أحد **طرفي العقد** فيها لا يطلب عوضا عما يدفعه إلى الطرف الآخر (١) ، ويقابلها عقود المعاوضات ، وهذا من حيث الغرض من العقد .أما من حيث نوع العقد فهو من عقود الالتزام ، والالتزام في اللغة : من لزم الشيء يلزم لزوما أي ثبت ودام ، والالتزام : الاعتناق (٢) .والالتزام في الاصطلاح الفقهي : إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما له ، أي ما لم يكن واجبا عليه من قبل (٣) ، وهو بهذا المعنى أثر من آثار التصرف ؛ لأن التصرف هو : كل ما يصدر عن شخص بإرادته ، ويرتب عليه الشرع نتائج حقوقية (٤) .______________(١) انظر : المدخل للفقه الإسلامي د . عبد الله الدرعان \ ٣٧٥ ، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية د . عبد الكريم زيدان \ ٣١٢ ، والموسوعة الفقهية ٣٠ \ ٢٣٤ .(٢) لسان العرب ١٢ \ ٥٤٢ ((لزم)) ، والصحاح ٢ \ ١٤٩٥ ((لزم)) .(٣) الموسوعة الفقهية ٦ \ ١٤٤ .(٤) انظر : المدخل الفقهي العام للأستاذ \ مصطفى الزرقا \ ١٩٤ .." (٢)

"وهو ظاهر قول المالكية (١) ، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة (٢) .جاء في حاشية الدسوقي : " . . . إلا أن يكون القابض من نفسه ممن يتولى **طرفي العقد** كوصي ليتيميه ووالد لولديه الصغيرين ، وسيد لعبديه ، فيجوز بيع طعام أحدهما للآخر ، ثم بيعه عليه لأجنبي قبل قبضه لمن اشتراه له فتأمله . . . " (٣) .وفي المبدع : " . . . فلو اشترى منه مكيلا بعينه ، ودفع إليه الوعاء ، وقال : كله فإنه يصير مقبوضا . . . " (٤) .وفي الإنصاف : " الثانية : الصحيح من المذهب : صحة استنابة من عليه الحق للمستحق في القبض ، قال في التلخيص صح في أظهر الوجهين ، وقدمه في الفروع " (٥) .وحجته ١: – قوله تعالى : ﴿ فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه وليتلطف ولا يشعرن بكم أحدا ﴾ (٦) .______________(١) حاشية الدسوقي ٣ \ ١٥٢.(٢) المغني ٦ \

---

(١) مجلة البحوث الإسلامية، ٣٦٨/٥٢

(٢) مجلة البحوث الإسلامية، ٩٦/٧٣

٤٥٣، والمبدع ٤ \ ١٢١، وكشاف ال‍قناع ٣ \ ٢٤٦.(٣) حاشية الدسوقي ٣ \ ١٥٢.(٤) المبدع ٤ \ ١٢١.(٥) ٤ \ ٤٦٩، وينظر : الفروع ٤ \ ١٤٠.(٦) سورة الكهف الآية ١٩." (١)

"١٨٥٨- وكيل شريك في المبيع هل يجوز أن يشتري لموكليهمن محمد بن إبراهيم إلى حضرة صاحب السمو الملكيالأمير متعب بن عبد العزيز الموقرحفظه اللهالسلام عليكم ورحمة الله وبركاته وبعدوصلني خطاب سموكم الذي ذكرتم فيه أن أرضا لك بها شراكة وأن أولاد الأخ منصور رحمه الله طلبوا الشراء منها . وأنت الكيل الشرعي عليهم ، وأن هذه الأرض ستباع قطعا مجزأة بموجب خريطة توضع لها ، وسيتقرر سعر جميع قطعها بالسعر الذي سيتقرر للجميع . وتسأل : هل يجوز لك الشراء لهم من هذه الأرض والحال أن لك فيها اشتراك .والجواب : ما دام أن سعر جميع قطع الأراضي ستحدد كما ذكرتم فلا بأس أن تأخذ لهم بموجب السعر المحدد . ولا يحتاج في هذه الحالة إلى تعيين وكيل آخر يتولى الشراء لهم . وإذا كانوا يرغبون الواجهة كما ذكرت ، ويعود ذلك بمصلحة عليهم : فهو أولى . وعليك الاجتهاد في اختيار ما فيه مصلحتهم . والسلام .رئيس القضاة(ص-م ١٦٩٢ في ١٧-٤-١٣٨٧هـ)١٨٥٩- هل يبيع العقار لموليهالمسألة التاسعة : هل يصح لغير أبي الصغير إذا كان وليا لليتيم التصرف بنفسه من نفسه ، بأن يتولى طرفي العقد فيبيع عقاره على موليه .الجواب : لا يصح ذلك كما هو المشهور المفتى به ، وهو المذهب .(من أسئلة الشيخ عبد الله بن دهيش لسماحة الشيخ محمد رحمه الله)١٨٥٩-٢ س: إذا باع الدلال ، وقال المالك : ما أذنت لك بهذا الثمنج: الأصل مع المالك .(تقرير)١٨٦٠- إذا أذنت الحكومة لجهة بالتصرف فهل تدفع لها قيمة المبيعمن محمد بن إبراهيم إلى حضرة المكرم القائم بأعمال رئاسة القضاة بالمنطقة الغربيةالسلام عليكم ورحمة الله وبركاته وبعد." (٢)

"إقراره المرأة بالنكاح لا يكفيمن محمد بن إبراهيم إلى حضرة فضيلة رئيس المحكمة الكبرى بجدهسلمه اللهالسلام عليكم ورحمة الله وبركاته وبعدفقد اطلعنا على المكاتبة الواردة منكم برقم ٧٣٧ وتاريخ ٢٠-٢-١٣٨٠هـ وعلى الخطاب المرفق المرفوع لكم من أحد قضاة المحكمة الشيخ عبد العزيز بن عيسى ، المتضمن استرشاده عن صحة نكاح المرأة خيرية بنت صبيع على معيض بن جابر الأسمري ، فاتضح لنا أن هذا العقد المدعى لم يثبت لأن القرائن تكذب ما ادعاه معيض وصادقته عليه خيرية، ولأن الرواية الثانية عن الإمام أحمد رحمه الله أن إقراره المرأة بالنكاح على نفسها لا يثبل ، وقد قال ابن مفلح

---

(١) مجلة البحوث الإسلامية، ٢٧٣/٧٣

(٢) فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم آل الشيخ، ٣٤/٨

في (حاشيته على المحرر) على هذه المسألة : لأن النكاح يفتقر إلى شرائط لا يعلم حصولها بالإقرار .اهـ. فالأخذ بهذه الرواية في مثل هذه المسألة أولى . لا سيما في هذا الزمن الذي انتشر فيه الفساد ، وكثر فيه التواطء على الشر وفعل الفجور . ولو أن هذا الرجل والمرأة قدما من بلاد بعيدة وادعيا عقد نكاح بينهما هناك لم ينكر عليهما ، كما ذكر في (الانصاف) أنه قال في (الانتصار) : لا ينكر عليهما في بلد غربة ، للضرورة .اهـ. وأيضا فإن هذا العقد لو قدر وقوعه فهو لم يعلن ولم يشهد عليه ، وقد قال شيخ الإسلام رحمه الله في (الاختبارات) : وإن انتفى الإشهاد والإعلان فهو باطل عنه عامة العلماء وإن قدر فيه خلاف فهو قليل وقد يظن أن في ذلك خلافا في مذهب أحم . اهـ. وبناء على ما تقدم فإنه يتعين التفريق بينهما ، وتوبيخهما ، وتعزيرهما . والله يحفظكم . والسلام .رئيس القضاة(ص-ق ١٨٩ في ١٤-٣-١٣٨٠هـ)إذا أعلن ولم يشهد عليه ، أو أشهد وتواصل بكتمانهوحينئذ العقد بمحضر أربعة : الزوج ، والولي ، والشاهدان فهذا العدد لا أقل منه لحضور عقد النكاح . وإن تولى **طرفي العقد** صاروا ثلاثة وبعض يمانع في تولي طرفي العق والمعروف صحته .." (١)

"زواج الاخرس: ويصح زواج الاخرس باشارته إن فهمت كما يصح بيعه، لان الاشارة معنى مفهم.وإن لم تفهم إشارته لا يصح منه، لان العقد بين شخصين، ولا بد من فهم كل واحد منهام ما يصدر من صاحبه (١)عقد الزواج للغائب:إذا كان أحد **طرفي العقد** غائبا وأراد أن يعقد الزواج فعليه أن يرسل رسولا أو يكتب كتابا إلى الطرف الاخر يطلب الزواج.وعلى الطرف الاخر - إذا كان له رغبة في القبول - أن يحضر الشهود ويسمعهم عبارة الكتاب أو رسالة الرسول، ويشهدهم في المجلس على أنه قبل الزواج.ويعتبر القبول مقيدا بالمجلس.شروط صيغة العقد :اشترط الفقهاء لصيغة الايجاب والقبول: أن تكون بلفظين وضعا للماضي، أو وضع أحدهما للماضي والاخر للمستقبل.فمثال الاول: أن يقول العاقد الاول: زوجتك ابنتي.ويقول القابل: قبلت.ومثال الثاني: أن يقول الخاطب أزوجك ابنتي، فيقول له: قبلت.وإنما اشترطوا ذلك، لان تحقق الرضا من الطرفين وتوافق ارادتهما هو الركن الحقيقي لعقد الزواج، والايجاب والقبول مظهر ان لهذا الرضا كما تقدم.ولابد فيهما من أن يدلا دلالة قطعية على حصول الرضا وتحققه فعلا وقت العقد.والصيغة التي استعملها الشارع لانشاء العقود هي صيغة الماضي، لان دلالتها على حصول الرضا من الطرفين قطعية.ولا تحتمل أي معنى آخر.__________(١) جاء في لائحة ترتيب المحاكم الشرعة والاجراءات

---

(١) فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم آل الشيخ، ١٠/٨٧

المتعلقة بها مادة ١٢٨ اقرار الاخرس يكون باشارته المعهودة.ولا يعتبر إقراره بالاشارة إذا كان يمكنه الاقرار بالكتابة.." (١)

"التزمته.لان طبيعة عقد التأمين قانونا أنه من عقود المعاوضة الاحتمالية. وإذا قيل إن ما يدفعه المؤمن للشركة يعتبر قرضا يسترده مع أرباحه إذا كان حيا، فهذا قرض جر نفعا. وهو حرام. وهذا هو الربا المنهي عنه.وبالجملة فالموضوع على أي وجه قلبته وجدته لا ينطبق على عقد يصححه الشرع الاسلامي.وهذا الذي قدمناه هو فيما إذا بقي المؤمن على حياته حيا بعد توفيته ما التزمه على نفسه من الاقساط، أما إذا مات قبل إيفاء جميع الاقساط، وقد يموت بعد دفع قسط واحد فقط، وقد يكون الباقي مبلغا عظيما جدا، لان مبلغ التأمين على الحياة موكول تقديره إلى **طرفي العقد** على ما هو معلوم، فإذا أدت الشركة المتفق عليه كاملا لورثته أو لمن جعل له المؤمن ولاية قبض ما التزمت به الشركة بعد موته، ففي مقابل أي شئ دفعت الشركة هذا المبلغ؟.أليست هذه مخاطرة ومغامرة؟ وإذا لم يكن هذا من صميم المغامرة، ففي أي شئ المؤامرة إذن...؟ وهل يتصور أن يجيز شرع يحرم أكل أموال الناس." (٢)

"ب – أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي، وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة . ويعرف مقدار الربح، إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد، وما زاد عن رأس المال عند النقيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة، وفقا لشروط العقد .ج- أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلنا وتحت تصرف حملة الصكوك .٧- يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة . وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته، وما يوزع على **طرفي العقد** قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب .٨- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال .٩- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن **طرفي العقد** بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه

---

(١) فقه السنة، ٣٩/٢

(٢) فقه السنة، ٣٧٣/٣

عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد .ثانيا : استعرض مجلس المجمع أربع صيغ أخرى اشتملت عليها توصيات الندوة التي أقامها المجمع، وهي مقترحة للاستفادة منها في إطار تعمير الوقف واستثماره دون الإخلال بالشروط التي يحافظ فيها على تأبيد الوقف وهي :." (١)

"قرار رقم: ٢٣ (٥/٧) بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية.الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، سيدنا ونبينا محمد. أما بعد:فقد عرض على مجلس المجمع الفقهي الإسلامي مشكلة ما قد يطرأ بعد إبرام عقود التعهد ونحوها من العقود، ذات التنفيذ المتراخي، في مختلف الموضوعات، من تبدل مفاجئ، في الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير، في ميزان التعادل، الذي بنى عليه الطرفان المتعاقدان حساباتهما، فيما يعطيه العقد كلا منهما من حقوق، وما يحمله إياه من التزامات، مما يسمى اليوم في العرف التعاملي بالظروف الطارئة. وقد عرضت مع المشكلة أمثلة لها، من واقع أحوال التعامل وأشكاله، توجب التفكير في حل فقهي مناسب عادل، يقضي على المشكلة في تلك الأمثلة ونظائرها الكثيرة. فمن صور هذه المشكلة الأمثلة التالية:١- لو أن عقد مقاولة على إنشاء بناية كبيرة، يحتاج إنشاؤها إلى مدة طويلة، تم بين طرفين، وحدد فيه سعر المتر المكعب من البناء وكسوته، بمبلغ مائة دينار مثلا، وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وأسمنت وأخشاب وسواها، وأجور عمال، تبلغ عند العقد- للمتر الواحد- ثمانين دينارا، فوقعت حرب غير متوقعة، أو حادث آخر خلال التنفيذ، قطعت الاتصالات والاستيراد، وارتفعت بها الأسعار ارتفاعا كبيرا يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا جدا.٢- لو أن متعهدا في عقد توريد أرزاق عينية يوميا، من لحم وجبن ولبن وبيض وخضروات وفواكه ونحوها، إلى مستشفي، أو إلى جامعة فيها أقسام داخلية، أو إلى دار ضيافة حكومية، بأسعار اتفق عليها في كل صنف لمدة عام، فحدثت جائحة في البلاد، أو طوفان، أو فيضان، أو زلزال، أو جاء جراد جرد المحاصيل الزراعية، فارتفعت الأسعار إلى أضعاف كثيرة، عما كانت عليه عند عقد التوريد، إلى غير ذلك من الأمثلة المتصورة في هذا المجال. فما الحكمالشرعي الذي يوجبه فقه الشريعة في مثل هذه الأحوال، التي أصبحت كثيرة الوقوع في العصر الحاضر، الذي تميز بالعقود الضخمة بقيمة الملايين، كالتعهد مع الحكومات في شق الطرق الكبيرة، وفتح الأنفاق في الجبال، وإنشاء الجسور العظيمة، والمجمعات لدوائر الحكومة أو للسكنى، والمستشفيات

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ص/٣٣

العظيمة أو الجامعات، وكذا المقاولات التي تعقد مع مؤسسات، أو شركات كبرى، لبناء مصانع ضخمة، ونحو ذلك مما لم يكن له وجود في الماضي البعيد؟ فهل يبقى المتعاقد الملتزم على حدود عقده وأسعاره، قبل تبدل الظروف وطروء التغيرات الكبيرة المشار إليها، مهما تكبد في ذلك من خسائر ماحقة أو ساحقة، تمسكا بمقتضى العقد وحدوده في الأسعار والكميات، أو له مخرج وعلاج، من فقه الشريعة الحكيمة السمحة العادلة، يعيد كفتي الميزان إلى التعادل، ويحقق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين؟ وقد نظر مجلس المجمع في النظائر الفقهية ذات الصلة بهذا الموضوع، من فقه المذاهب، واستعرض قواعد الشريعة ذات العلاقة، مما يستأنس به، ويمكن أن يوصى بالحكم القياسي، والاجتهاد الواجب فقها، في هذا الشأن، كما رجع إلى آراء فقهاء المذاهب فوجد ما يلي: ١- أن الإجارة يجوز للمستأجر فسخها بالطوارئ العامة، التي يتعذر فيها استيفاء المنفعة، كالحرب والطوفان ونحو ذلك، بل الحنفية- رحمهم الله- يسوغون فسخ الإجارة أيضا بالأعذار الخاصة بالمستأجر، مما يدل على أن جواز فسخها بالطوارئ العامة مقبول لديهم أيضا بطريق الأولوية، فيمكن القول: إنه محل اتفاق، وذكر ابن رشد في بداية المجتهد (ج٢ص/٢٩١ من طبعة الخانجي الأولي بالمطبعة الجمالية بمصر) تحت عنوان: (أحكام الطوارئ) أنه: (عند مالك أن أرض المطر- أي البعلية التي تشرب من ماء السماء فقط- إذا أكريت فمنع القحط من زراعتها، أو إذا زرعها المكتري فلم ينبت الزرع لمكان القحط- أي بسببه- أن الكراء ينفسخ، وكذلك إذا استعذرت بالمطر، حتى انقضى زمن الزراعة، فلم يتمكن المكتري من زرعها) انتهى كلام ابن رشد.٢- وذكر ابن قدامة المقدسي في كتاب الإجارة من المغني (المطبوع مع الشرح الكبير ج٦ ص/٣٠) أنه : (إذا حدث خوف عام، يمنع من سكنى ذلك المكان، الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد، فامتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع، أو نحو ذلك: فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ، لأنه أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة، فأما إذا كان الخوف خاصا بالمستأجر، مثل أن يخاف وحده، لقرب أعدائه لم يملك الفسخ، لأنه عذر يختص به، لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية، فأشبه مرضه).٣- وقد نص الإمام النووي- رحمه الله- في روضة الطالبين (ج٥ ص/٢٣٩)، أنه لا تنفسخ الإجارة بالأعذار، سواء أكانت إجارة عين أم ذمة، وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر عليها فمرض، أو حانوتا لحرفة فندم، أو هلكت آلات تلك الحرفة، أو استأجر حماما فتعذر الوقود.قال النووي: (وكذا لو كان العذر للمؤجر، بأن مرض، وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره وكان أهله مسافرين فعادوا واحتاج إلى الدار أو تأهل. قال: فلا فسخ في شيء من ذلك، إذ لا خلل في المعقود عليه). اهـ.٤- ما يذكره العلماء- رحمهم الله- في الجوائح التي

تجتاح الثمار المبيعة على الأشجار بالأسباب العامة، كالبرد والجراد وشدة الحر والأمطار والرياح ونحو ذلك، مما هو عام، حيث يقررون سقوط ما يقابل الهالك بالجوائح من الثمن، وهي قضية الجوائح المشهورة في السنة والفقه.٥- وذكر شيخ الإسلام ابن تيمية- رحمه الله- في مختصر الفتاوى(ص/٦٧٣): أن من استأجر ما تكون منفعة إجارته لعامة الناس، مثل الحمام والفندق والقيسارية، فنقصت المنفعة المعروفة، لقلة الزبون، أو لخوف، أو حرب، أو تحول سلطان ونحوه فإنه يحط عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة.٦- وقال ابن قدامة أيضا في الصفحة (٩٢) من الجزء السابق الذكر نفسه: (ولو استأجر دابة ليركبها، أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت الطريق إليه، لخوف حادث، أو اكترى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق، فلكل واحد منهما فسخ الإجارة، وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز). وقال الكاساني من فقهاء الحنفية في الإجارة من كتاب بدائع الصنائع (ج٤ ص/١٧٩): (إن الفسخ في الحقيقة امتناع من التزام الضرر، وإن إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع، لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه، فاستأجر رجلا لقلعها، فسكن الوجع يجبر على القلع، وهذا قبيح عقلا وشرعا).هذا وقد ذكر فقهاء المذاهب، في حكم الأعذار الطارئة في المزارعة والمساقاة والمغارسة شبيه ما ذكروا في الإجارة.٧- قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأصحابه من بعده، وقرر كثير من فقهاء المذاهب في الجوائح التي تجتاح الثمار ببرد أو صقيع، أو جراد، أو دودة، ونحو ذلك من الآفات، أنها تسقط من ثمن الثمار التي بيعت على أشجارها، ما يعادل قيمة ما أتلفته الجائحة، وإن عمت الثمر كله تسقط الثمن كله.٨- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم، فيما ثبت عنه: "لا ضرر ولا ضرار". وقد اتخذ فقهاء المذاهب من قوله هذا قاعدة فقهية، اعتبروها من دعائم الفقه الكبرى الأساسية، وفرعوا عليها أحكاما لا تحصى، في دفع الضرر وإزالته في مختلف الأبواب. ومما لاشك فيه أن العقد الذي يعقد وفقا لنظامه الشرعي، يكون ملزما لعاقديه قضاء، عملا بقوله تعالى في كتابه العزيز: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)[المائدة: من الآية١]. ولكن قوة العقد الملزمة ليست أقوى من النص الشرعي الملزم للمخاطبين به كافة. وقد وجد المجمع، في مقاييس التكاليفالشرعية، ومعايير حكمة التشريع، أن المشقة التي لا ينفك عنها التكليف عادة بحسب طبيعته، كمشقة القيام في الصلاة، ومشقة الجوع والعطش في الصيام، لا تسقط التكليف، ولا توجب فيه التخفيف، ولكنها إذا جاوزت الحدود الطبيعية للمشقة المعتادة في كل تكليف بحسبه، أسقطته أو خففته، كمشقة المريض في قيامه في الصلاة، ومشقته في الصيام، وكمشقة الأعمى والأعرج في الجهاد، فإن المشقة المرهقة عندئذ بالسبب الطارئ الاستثنائي، توجب تدبيرا استثنائيا يدفع

الحد المرهق منها. وقد نص على ذلك وأسهب في بيانه، وأتى عليه بكثير من الأمثلة في أحكام الشريعة الإمام أبو إسحاق الشاطبي- رحمه الله- في كتابه (الموافقات في أصول الشريعة). فيتضح من ذلك أن الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة، لا تأثير لها على العقود، لأنها من طبيعة التجارة وتقلباتها التي لا تنفك عنها، ولكنها إذا جاوزت المعتاد المألوف كثيرا، بمثل تلك الأسباب الطارئة الآنفة الذكر توجب عندئذ تدبيرا استثنائيا. ويقول ابن القيم- رحمه الله- في كتابه (إعلام الموقعين): (إن الله أرسل رسله، وأنزل كتبه، بالعدل الذي قامت به السماوات والأرض، وكل أمر أخرج من العدل إلى الجور، ومن المصلحة إلى عكسها، فليس من شرع الله في شيء، وحيثما ظهرت دلائل العدل وأسفر وجهه فثم شرع الله وأمره) اهـ . وقصد العاقدين، إنما تكشف عنه وتحدده ظروف العقد، وهذا القصد لا يمكن تجاهله والأخذ بحرفية العقد، مهما كانت النتائج، فمن القواعد المقررة في فقه الشريعة (أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).ولا يخفي أن طريق التدخل في مثل تلك الأحوال المعروضة آنفا في العقود المتراخية التنفيذ، لأجل إيجاد الحل العادل الذي يزيل الجور إنما هو من اختصاص القضاء.ففي ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة، التي تنير طريق الحل الفقهي السديد، في هذه القضية المستجدة الأهمية، يقرر الفقه الإسلامي ما يلي:١- في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلا غير الأوضاع والتكاليف والأسعار، تغييرا كبيرا، بأسباب طارئة عامة، لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة، من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحالة عند التنازع، وبناء على الطلب، تعديل الحقوق والالتزامات العقدية، بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد، فيما لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له ، صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانبا معقولا من الخسارة، التي تلحقه من فسخ العقد، بحيثيتحقق عدل بينهما، دون إرهاق للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعا رأي أهل الخبرة الثقات.٢- ويحق للقاضي أيضا أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيرا بهذا الإمهال.هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقا للعدل الواجب بين **طرفي العقد**، ومنعا للضرر المرهق لأحد العاقدين، بسبب لا يد له فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها. والله ولي التوفيق.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه.محمد علي الحركان.عبد العزيز بن باز، صالح بن عثيمين، محمد رشيدي، محمد محمود الصواف، أبو بكر جومي، محمد رشيد قباني.(ملاحظة: توجد ثلاثة توقيعات أخرى لم يكتب عندها أسماء أصحابها، يمكن النظر فيها ص/١١١، من المطبوع من قرارات المجمع)." (١)

"قرار رقم: ٣٠ (٧/١) حول سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة)الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، سيدنا ونبينا محمد. وبعد: فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، قد نظر في موضوع سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة)، وما يعقد فيها من عقود: بيعا وشراء على العملات الورقية وأسهم الشركات، وسندات القروض التجارية والحكومية، والبضائع، وما كان من هذه العقود على معجل، وما كان منها على مؤجل. كما اطلع مجلس المجمع على الجوانب الإيجابية المفيدة لهذه السوق في نظر الاقتصاديين والمتعاملين فيها، وعلى الجوانب السلبية الضارة فيها.فأما الجوانب الإيجابية المفيدة فهي:أولا: أنها تقيم سوقا دائمة، تسهل تلاقي البائعين والمشترين، وتعقد فيها العقود العاجلة والآجلة، على الأسهم والسندات والبضائع.ثانيا: أنها تسهل عملية تمويل المؤسسات الصناعية، والتجارية، والحكومية، عن طريق طرح الأسهم وسندات القروض للبيع.ثالثا: أنها تسهل بيع الأسهم، وسندات القروض للغير، والانتفاع بقيمتها، لأن الشركات المصدرة لها، لا تصفي قيمتها لأصحابها.رابعا: أنها تسهل معرفة ميزان أسعار الأسهم، وسندات القروض والبضائع، وتموجاتها في ميدان التعامل، عن طريق حركة العرض والطلب.(ب) وأما الجوانب السلبية الضارة في هذه السوق فهي:أولا: أن العقود الآجلة التي تجري في هذه السوق، ليست في معظمها بيعا حقيقيا، ولا شراء حقيقيا، لأنها لا يجري فيها التقابض بين طرفي العقد فيما يشترط له التقابض في العوضين أو في أحدهما شرعا.ثانيا: أن البائع فيها، غالبا يبيع ما لا يملك، من عملات، أو أسهم، أو سندات قروض، أو بضائع، على أمل شرائه من السوق، وتسليمه في الموعد، دون أن يقبض الثمن عند العقد، كما هو الشرط في السلم.ثالثا: أن المشتري فيها غالبا، يبيع ما اشتراه لآخر قبل قبضه، والآخر يبيعه أيضا لآخر قبل قبضه، وهكذا يتكرر البيع والشراء على الشيء ذاته قبل قبضه، إلى أن تنتهي الصفقة إلى المشترى الأخير الذي قد يريد أن يتسلم المبيع من البائع الأول، الذي يكون قد باع ما لا يملك، أو أن يحاسبه على فرق السعر في موعد التنفيذ، وهو يوم التصفية، بينما يقتصر دور المشترين والبائعين غير الأول والأخير، على قبض فرق السعر في حالة الربح، أو دفعه في حالة الخسارة، في الموعد

---

(١) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي للرابطة. مكة، ص/٢٣

المذكور، كما يجري بين المقامرين تماما.رابعا: ما يقوم به المتمولون، من احتكار الأسهم والسندات والبضائع في السوق، للتحكم في البائعين الذين باعوا ما لا يملكون، على أمل الشراء قبل موعد تنفيذ العقد بسعر أقل، والتسليم في حينه، وإيقاعهم في الحرج.خامسا: أن خطورة السوق المالية هذه تأتي من اتخاذها وسيلة للتأثير في الأسواق بصفة عامة، لأن الأسعار فيها لا تعتمد كليا على العرض والطلب الفعليين من قبل المحتاجين إلى البيع أو إلى الشراء، وإنما تتأثر بأشياء كثيرة بعضها مفتعل من المهيمنين على السوق، أو من المحتكرين للسلع، أو الأوراق المالية فيها، كإشاعة كاذبة أو نحوها، وهنا تكمن الخطورة المحظورة شرعا، لأن ذلك يؤدي إلى تقلبات غير طبيعية في الأسعار، مما يؤثر على الحياة الاقتصادية تأثيرا سيئا، وعلى سبيل المثال لا الحصر: يعمد كبار الممولين إلى طرح مجموعة من الأوراق المالية من أسهم أو سندات قروض، فيهبط سعرها لكثرة العرض، فيسارع صغار حملة هذه الأوراق إلى بيعها بسعر أقل، خشية هبوط سعرها أكثر من ذلك وزيادة خسارتهم، فيهبط سعرها مجددا بزيادة عرضهم، فيعود الكبار إلى شراء هذه الأوراق بسعر أقل، بغية رفع سعرها بكثرة الطلب، وينتهي الأمر بتحقيق مكاسب للكبار، وإلحاق خسائر فادحة بالكثرة الغالبة، وهم صغار حملة الأوراق المالية، نتيجة خداعهم بطرح غير حقيقي لأوراق مماثلة، ويجري مثل ذلك أيضا في سوق البضائع. ولذلك قد أثارت سوق البورصة جدلا كبيرا بين الاقتصاديين، والسبب في ذلك أنها سببت في فترات معينة، من تاريخ العالم الاقتصادي، ضياع ثروات ضخمة، في وقت قصير، بينما سببت غنى للآخرين دون جهد، حتى إنهم فيالأزمات الكبيرة التي اجتاحت العالم، طالب الكثيرون بإلغائها، إذ تذهب بسببها ثروات، وتنهار أوضاع اقتصادية في هاوية، وبوقت سريع، كما يحصل في الزلازل والانخسافات الأرضية.ولذلك كله، فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، بعد اطلاعه على حقيقة سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة) وما يجري فيها من عقود عاجلة وآجلة على الأسهم وسندات القروض، والبضائع والعملات الورقية، ومناقشتها في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية يقرر ما يلي:أولا: أن غاية السوق المالية (البورصة) هي إيجاد سوق مستمرة ودائمة، يتلاقى فيها العرض والطلب، والمتعاملون بيعا وشراء، وهذا أمر جيد ومفيد، ويمنع استغلال المحترفين للغافلين والمسترسلين الذين يحتاجون إلى بيع أو شراء، ولا يعرفون حقيقة الأسعار، ولا يعرفون المحتاج إلى البيع، ومن هو محتاج إلى الشراء. ولكن هذه المصلحة الواضحة، يواكبها في الأسواق المذكورة (البورصة)، أنواع من الصفقات المحظورة شرعا، والمقامرة، والاستغلال، وأكل أموال الناس بالباطل، ولذلك لا يمكن إعطاء حكم شرعي عام بشأنها، بل يجب بيان حكم المعاملات التي تجرى فيها، كل واحدة منها على حدة.ثانيا: أن العقود

العاجلة على السلع الحاضرة الموجودة في ملك البائع، التي يجري فيها القبض فيما يشترط له القبض في مجلس العقد شرعا، هي عقود جائزة، ما لم تكن عقودا على محرم شرعا، أما إذا لم يكن المبيع في ملك البائع، فيجب أن تتوافر فيه شروط بيع السلم، ثم لا يجوز للمشتري بعد ذلك بيعه قبل قبضه.ثالثا: أن العقود العاجلة على أسهم الشركات والمؤسسات، حين تكون تلك الأسهم في ملك البائع جائزة شرعا، ما لم تكن تلك الشركات أو المؤسسات موضوع تعاملها محرم شرعا، كشركات البنوك الربوية، وشركات الخمور، فحينئذ يحرم التعاقد في أسهمها بيعا وشراء.رابعا: أن العقود العاجلة والآجلة، على سندات القروض بفائدة، بمختلف أنواعها غير جائزة شرعا، لأنها معاملات تجري بالربا المحرم.خامسا: أن العقود الآجلة بأنواعها، التي تجري على المكشوف، أي على الأسهم والسلع التي ليست في ملك البائع، بالكيفية التي تجري في السوق المالية (البورصة) غير جائزة شرعا؛ لأنها تشتمل على بيع الشخص ما لا يملك اعتمادا على أنه سيشتريه فيما بعد، ويسلمه في الموعد. وهذا منهي عنه شرعا لما صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا تبع ما ليس عندك". وكذلك ما رواه الإمام أحمد وأبو داود بإسناد صحيح، عن زيد بن ثابت، رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم.سادسا: ليست العقود الآجلة في السوق المالية (البورصة) من قبيل بيع السلم الجائز في الشريعة الإسلامية، وذلك للفرق بينهما من وجهين:(ج) في السوق المالية (البورصة) لا يدفع الثمن في العقود الآجلة في مجلس العقد، وإنما يؤجل دفع الثمن إلى موعد التصفية، بينما الثمن في بيع السلم يجب أن يدفع في مجلس العقد.(د) في السوق المالية (البورصة) تباع السلعة المتعاقد عليها- وهي في ذمة البائع الأول- وقبل أن يحوزها المشتري الأول عدة بيوعات، وليس الغرض من ذلك إلا قبض أو دفع فروق الأسعار بين البائعين والمشترين غير الفعليين، مخاطرة منهم على الكسب والربح، كالمقامرة سواء بسواء، بينما لا يجوز بيع المبيع في عقد السلم قبل قبضه.وبناء على ما تقدم، يرى المجمع الفقهي الإسلامي: أنه يجب على المسؤولين في البلاد الإسلامية، ألا يتركوا أسواق البورصة في بلادهم حرة، تتعامل كيف تشاء من عقود وصفقات، سواء أكانت جائزة أو محرمة، وألا يتركوا للمتلاعبين بالأسعار فيها أن يفعلوا ما يشاؤون، بل يوجبون فيها مراعاة الطرق المشروعة في الصفقات التي تعقد فيها، ويمنعون العقود غير الجائزة شرعا، ليحولوا دون التلاعب الذي يجر إلى الكوارث المالية، ويخرب الاقتصاد العام، ويلحق النكبات بالكثيرين، لأن الخير كل الخير في التزام طريق الشريعة الإسلامية في كل شيء، قال الله تعالى: (وأن هذا صراطي مستقيما فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون) الأنعام/١٥٣.والله

سبحانه هو ولي التوفيق، والهادي إلى سواء السبيل. وصلى الله على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.الرئيس: عبد العزيز بن عبد الله بن باز.نائب الرئيس: عبد الله عمر نصيف.الأعضاء: عبد الله العبد الرحمن البسام، صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، محمد بن عبد الله بن سبيل، محمد محمود الصواف، حسنين مخلوف (غائب)، مصطفى الزرقا، صالح بن عثيمين، محمد سالم عدود (غائب)، محمد رشيد قباني، محمد الشاذلي النيفر، أبو بكر محمود جومي، عبد القدوس الهاشمي الندوي، محمد رشيدي، اللواء محمود شيت خطاب (لم يحضر)، أبو الحسن علي الحسني الندوي (لم يحضر)، مبروك العوادي (لم يحضر).مقرر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي: محمد أحمد قمر.." (١)

"إن كان المشتري هو البائع مثل أن يشتري لنفسه من مال ولده أو اشترى لولده من مال نفسه لم يثبت فيه خيار المجلس لأنه تولى طرفي العقد فلم يثبت له خيار كالشفيع، وهذا قول الحنابلة وجمهور الشافعية وفيه وجه آخر أنه يثبت له الخيار ويلزم العقد إذا فارق مجلسه الذي حصل فيه عقد البيع(١).ومتى حصل التفرق في كل هذه الأمور لزم العقد لقول الرسول ص (البيعان بالخيار مالم يتفرقا)(٢). سواء قصدا هذا التفرق أو لم يقصداه علماه أو جهلاه لأن النبي ص علق الخيار على التفرق وقد وجد فلا خيار إذ أبعده. .المبحث الثانيالتفرق بالاكراه وأثره على خيار المجلسإذا أكره أحد المتعاقدين على التفرق بأن حمل حتى أخرج من مجلس العقد أو ضيق عليه حتى خرج بنفسه ففي بقاء خياره وانقطاعه قولان.الأول: وهو لبعض الشافعية والحنابلة قالوا: ينقطع خياره لوجود غايته وهو التفرق ولأنه لا يعتبر رضاه في مفارقة صاحبه فذلك في مفارقته لصاحبه.الثاني: وهو أيضا لبعض الشافعية والحنابلة قالوا: لا ينقطع خيار المكره لأنه حكم علق التفرق عليه فلم يثبت مع الأكراه كما لو علق عليه الطلاق.ويترتب على هذا الخلاف أن من قال لا ينقطع الخيار بالاكراه فعنده لا ينقطعخيار الماكث في حالة منعه من الخروج معه فإن لم يمنع ففيه وجهان عند الشافعية ذكرهما النووي في المجموع ثم قال: وأصحهما بطلان خياره.والثاني لا يبطل من غير فرق بين من حمل مكرها أو أكره على التفرق بنفسه وأن أكرها جميعا انقطع خيارهما لأن كل واحد منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر له فأشبه ما لو أكره صاحبه دونه.____________(١) أنظر المغني والشرح الكبير ج٤ ص٨.(٢) متفق عليه أنظر صحيح البخاري ج٣ ص٨٤ وصحيح مسلم ج٥ ص٩.." (٢)

---

(١) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي للرابطة. مكة، ص/٣٠

(٢) خيار المجلس والعيب في الفقه الإسلامي، ص/٦٤

"ص -٨٧- ... فإن لم تحملا فقال أحمد: ترضيه بشيء، وهو المذهب. قال القاضي: لا شيء له، وتأول كلام أحمد: ترضيه بشيء، على الاستحباب. انتهى كلامه.فدل على صحة الخلع على المجهول، وهذه الصورة المسؤول عنها غايتها أن يكون بعضها مجهولا، وقد ذكروا أنه يجوز لها أن تخالعه على رضاع ولده عامين، قالوا: فإن مات رجع بأجرة الباقي، ومرادهم بذلك إذا لم تشترط أنه لا يرجع عليها إذا مات، والله -سبحانه وتعالى- أعلم.تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه(المسألة الخامسة عشرة): رجل وقف وقفا على اللاعي، وهو الذي يسأل في المساجد، أو عند أبواب المساجد، ومات الموقف، ثم بعد زمان طويل قام ابن الموقف، وقال: لنا قرابة ضعفاء، ويزعم أن مفتيا أفتاه بأنه أحق به، والوقف معين على مسجد الجامع، من تكلم فيه من فقير غريب أو غيره.(فالجواب): أن المشهور عند أكثر الفقهاء من الحنابلة وغيرهم أن مثل هذا لا يجوز صرفه إلى غير من ذكر الواقف إذا كان ذلك في جهة بر. وقال الشيخ تقي الدين: يجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه باختلاف الزمان، كما لو وقف ذلك على الفقهاء والصوفية، فاحتاج الناس إلى الجهاد، صرف إلى الجند. قال في الإنصاف: يتعين مصرف الوقف إلى الجهة المعينة له على الصحيح من المذهب، ونقله الجماعة، وقطع به أكثرهم، وعليه الأصحاب، ثم ذكر كلام الشيخ المتقدم، والله أعلم.من يثبت له خيار المجلس(المسألة السادسة عشرة): قول منصور في خيار المجلس بوكالة، أو ولاية في بعض أفرادها مع ما في المغني من ذلك.(فالجواب): أن مراده بذلك أن الذي يتولى **طرفي العقد** لا يثبت له خيار المجلس، لأنه هو البائع المشتري كالوكيل على بيع سلعة، وشراها." (١)

"ص -٨٨- ... أو الولي إذا باع ما ولي عليه، فاشتراه من نفسه لنفسه، لأنه يتولى في ذلك **طرفي العقد**، وعبارة منصور في شرح المنتهى: ويثبت في بيع غير كتابة، فلا خيار فيها تراد للعتق، وغير تولي طرفي عقد في بيع بأن انفرد بالبيع واحد لولاية أو وكالة، فلا خيار له كالشفيع، وغير شراء منه يعتق عليه كرحمة المحرم لعتقه بمجرد انتقال الملك إليه في العقد، أشبه ما لو مات قبل التفرق. قال المنقح: ويعترف بحريته قبل الشراء لأنه استنقاذ لا يشرى حقيقة لاعترافه بحريته، ثم ذكر الصور التي تكون بمعنى البيع ويثبت فيها خيار، كالصلح الذي بمعنى البيع، وكقسمة وهبة بمعنى البيع وإجارة، وما قبضه شرط لصحته كصرف وسلم وربوي بجنسه، والله -سبحانه وتعالى- أعلم.طهارة الماء المتنجس بالنجاسة بتصفيته(المسألة السابعة عشرة): الماء المتنجس بالتغيير وهو كثير، إذا حوض وترك حتى صفي، هل يطهر

---

(١) عدة رسائل في مسائل فقهية، ص/٦٦

أم لا؟ قياسا على الخمرة إذا انقلبت لقصد التخليل.(الجواب): أن الذي ذكره الفقهاء أن الماء المتنجس بالنجاسة سواء تغير طعمه أو لونه أو ريحه، فإنه لا يطهر حتى يزول التغير بنزحه أو مكاثرته بالماء أو بزوال تغيره بنفسه إذا كان كثيرا. والكثير عند الحنابلة وغيرهم ما كان قلتين فأكثر. وأما التراب فالمشهور عندهم أنه لا يطهره؛ لأنه لا يدفع النجاسة عن نفسه، فعن غيره أولى. قال في الفروع: وقيل: بلى، وأطلق في الإيضاح روايتين، وللشافعي قولان. فعلى هذا إذا زال عنه أثر النجاسة بالكلية، ولم يبق فيه لون ولا طعم ولا ريح، فإنه يطهر لزوال النجاسة منه كالخمرة إذا انقلبت بنفسها خلا، وكذلك النجاسة إذا استحالت، والله – سبحانه وتعالى– أعلم.ائتم مسبوق بمسبوق في الصلاة(المسألة الثامنة عشرة): مسبوق ائتم بمثله حالة دخولهما مع الإمام،." (١)

"كان متعينا – الاجابة إذا التمست المرأة التزويج، وإن لم يكن متعينا – كإخوة وأعمام – والتمست التزويج من بعضهم.فكذلك تجب الاجابة في أظهر القولين.والاولى إذا اجتمع الاولياء في درجة واحدة أن يزوجها أفقههم وأقرؤهم وأسنهم، برضا الآخرين.وإن تزاحموا أقرع بينهم.ومع ذلك فلو زوج غير من خرجت له القرعة، وقد أذنت لكل واحد منهم.فأصح الوجهين: صحته.وإذا زوجها واحد من زيد، وآخر من عمرو، ولم يعرف السابق.فهما باطلان.ولو عرف سبق واحد على التعيين، ثم التبس، وجب التوقف إلى أن يتبين الحال.فإن ادعى كل واحد من الزوجين على المرأة أنها تعلم سبق نكاحه سمعت دعواها بناء على الصحيح.وهو قبول إقرارها بالنكاح.وحينئذ فإن أنكرت حلفت.وإن أقرت لاحدهما ثبت له النكاح.وهل تسمع دعوى الثاني عليها؟ وهل له تحليفها؟ ينبني على القولين، فيما إذا قال: هذه الدار لزيد، لا بل لعمرو.وللجد أن يتولى طرفي العقد في تزويج بنت ابنه من ابن ابن آخر.وابن العم لا يزوج من نفسه، ولكن يزوجها ابن عم في درجته.فإن لم يكن في درجته زوجها القاضي.وإن كان الراغب القاضي زوجها من فوقه من الولاة، أو خليفته.وكما لا يجوز للواحد تولى الطرفين، لا يجوز أن يوكل وكيلا بأحد الطرفين، أو وكيلين بالطرفين في أصح الوجهين.وإذا زوج الولي موليته من غير كف ء برضاها، أو بعض الاولياء المستوين برضاها ورضا الباقين.صح النكاح.ولو زوجها الاقرب منه برضاها، لم يكن للابعد اعتراض.ولو زوجها أحد الاولياء برضاها دون رضى الآخرين.فهل يبطل النكاح، أو يصح، ولهم الاعتراض بالفسخ؟ فيه قولان.أصحهما: الاول.ويجري القولان في تزويج البكر الصغيرة والبالغة من غير كف ء بغير رضاها.فيبطل في أصحهما،

(١) عدة رسائل في مسائل فقهية، ص/٦٧

ويصح في الآخر.وللبالغة الخيار.وللصغيرة إذا بلغت في القول الثاني.والتي يلي أمرها السلطان إذا التمست تزويجها من غير كف ء، فأظهر الوجهين: أنه لا يجيبها إليه.." (١)

"ثم انتشر هذا العقد ، وانتشر استعماله – بصفة خاصة – من قبل شركات السكك الحديدية التي تأسست لتمويل شراء مركبات شركات الفحم والمحاجر ، كانت هذه المؤسسات تقوم بشراء المركبات لحسابها ، ثم تسلمها لمناجم الفحم بناء على عقد البيع الإيجاري ؛ لما في هذا العقد من ضمان وحماية لحقوق المؤجر الذي كان له الحق في فسخ العقد واسترداد الأموال المسلمة للمستأجر بمجرد إخلال هذا الأخير بسداد قسط واحد من الأقساط المتفق عليها. ثم ازدادت أهمية هذا العقد بامتداده إلى شركات المقاولات وغيرها.ثم ظهر عقد الليسنج في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٥٣م ، ثم ظهر في فرنسا عام ١٩٦٢م ، وهذا العقد يعتبر حالة جديدة للإجارة المنتهية بالتمليك ، إلا أنه اتخذ طابعا جديدا يتمثل في تدخل طرف ثالث بين طرفي العقد الأصليين – المؤجر والمستأجر - ، هذا الطرف الثالث هو الذي يقوم بتمويل العقد بشراء أموال معينة هي في العادة تجهيزات ومعدات صناعية وإنشائية ، ثم يقوم بتأجيرها لمن يتعاقد معهما لفترة متفق عليها بينهما ، وتكون هذه الفترة طويلة الأجل نسبيا حتى تتمكن المؤسسة المالية التي تقوم بتمويل المشروع من حصولها على المبالغ التي أنفقتها على التمويل وبنهاية الفترة المتفق عليها يكون للمستأجر المتعاقد مع المؤسسة عدة خيارات وهي :إعادة السلعة المؤجرة له إلى المؤسسة المالكة.تمديد مدة الإيجار لفترة أو فترات أخرى.تملك السلعة مقابل ثمن يراعى في تحديده المبالغ التي سبق له أن دفعها كأقساط إيجار.فالجديد في هذه الحالة ، أو في هذا العقد (الليسنج) هو أن المؤجر لا يكون مالكا للأصل أو الأشياء المراد تأجيرها ، وإنما يقوم بشرائها خصيصا لهذا الغرض.." (٢)

"... قيمة الأسهم والصكوك عرضة للارتفاع والهبوط تبعا لحالة السوق ، وعليه فإن الأسهم الوقفية إذا ارتفعت قيمتها السوقية عن قيمتها الاسمية فإن الزائد عن رأس المال يعتبر ربحا للوقف ، وإذا نقصت فإن نقصانها يعني خسارة الأصل الموقوف ويمكن علاج ذلك بالإبدال والاستبدال إذا كانت الخسارة كبيرة ، أما إذا كانت الخسارة محدودة فلا بد من تداركها بقدر الإمكان ويأخذ الناظر دوره في هذا الصدد وإلا عد ذلك من باب الإهمال والتقصير الذي لا يجوز صدوره منه ، وفيما يتصل بصكوك المضاربة فإن مجمع الفقه أصدر قرارا يبين فيه طريقة جبر الخسارة المتوقعة ، ونصه : ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في

---

(١) جواهر العقود، ٢/٨

(٢) مسائل حديثة في فقه المعاملات، ص/٢٤

نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة . (١)٤ . أيلولة بدل ملكية الأسهم في حال تصفية الشركة أو المؤسسة______________(١) . ... قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص : ١٢٤ ، ١٢٥ . قرار رقم : ٣٠ (٣ / ٤)..". (١)

"هـ لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقا أو مضافا للمستقبل ، وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعدا بالبيع ، وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء و برضا الطرفين ٠و. لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها ، نصا يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح ، فإن وقع ، كان العقد باطلا ، ويترتب على ذلك :١- عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها ٢٠- أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي ، وهو الزائد عن رأس المال ، وليس الإيراد أو الغلة ، ويعرف مقدار الربح إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد ، وما زاد عن رأس المال عند التنضيض أو التقويم ، فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة وفقا لشروط العقد ٣٠- أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلنا وتحت تصرف حملة الصكوكز. يستحق الربح بالظهور ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة ، وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته ، وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب ٠ح. ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة ، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري ، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ، ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال ٠." (٢)

"س. ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة ، على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد ، بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين ، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة ، بمعنى أن قيامه بالوفاء

---

(١) وقف الأسهم والصكوك، ص/٤٥

(٢) نظرة شرعية في الأسهم السعودية، ص/٥٣

بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد ، وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها، بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به ، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد ٢٠. سندات الإجارة :عرفها مجمع الفقه الإسلامي بأنها (سندات ذات قيمة متساوية ، تمثل حصصا شائعة ، في ملكية أعيان أو منافع ذات دخل) ، وأصدر فيها قرارا في دورته الخامسة عشرة عام ١٤٢٥هـ على النحو التالي :١. تقوم فكرة صكوك الإجارة على مبدأ التصكيك (أو التسنيد أو التوريق) الذي يقصد به إصدار أوراق مالية قابلة للتداول ، مبنية على مشروع استثماري يدر دخلا ، والغرض من صكوك الإجارة تحويل الأعيان والمنافع التي يتعلق بها عقد الإجارة إلى أوراق مالية (صكوك) يمكن أن تجري عليها عمليات التبادل في سوق ثانوية ٢٠. لا يمثل صك الإجارة مبلغا محددا من النقود ، ولا هو دين على جهة معينة . سواء أكانت شخصية طبيعية أم اعتبارية . وإنما هو ورقة مالية تمثل جزءا شائعا (سهما) من ملكية عين استعمالية ، كعقار أو طائرة أو باخرة ، أو مجموعة من الأعيان الاستعمالية . المتماثلة أو المتباينة . إذا كانت مؤجرة ، تدر عائدا محددا بعقد الإجارة ٣٠. يمكن لصكوك الإجارة أن تكون اسمية ، بمعنى أنها تحمل اسم حامل الصك ، ويتم انتقال ملكيتها بالقيد في سجل معين ، أو بكتابة اسم حاملها الجديد عليها ، كلما تغيرت ملكيتها ، كما يمكن أن تكون سندات لحاملها، بحيث تنتقل الملكية فيها بالتسليم ٠ ." (١)

"ومن المعلوم أن العبد لا يملك وأن المال الذي بيده مآله للمشتري ، ومع ذلك جاز البيع مطلقا بدون تقابض ولا تماثل حتى مع اتفاق النقدين (المال الذي معه ، والثمن الذي يشترى به العبد) ، وحتى لو كان المال الذي مع العبد أكثر من قيمة العبد نفسه ، ولا يشكل على هذا الحديث حديث القلادة ، فإن الذهب الذي في القلادة مقصود للمشتري بخلاف المال الذي مع العبد ، وهذا أحسن ما قيل في الجمع بين الحديثين ، ويؤخذ من هذين الحديثين أن العبرة بالقصد لا بقيمة المال الربوي ، فإن كان المال الربوي مقصودا فوجوده في الصفقة مؤثر ، وإن كان تابعا فلا يؤثر ، كما أن هذا التفصيل يتماشى مع القواعد الشرعية : العبرة في العقود بالمقاصد و التابع تابع وغيرها ، وعلى هذا فلا يلتفت إلى النقد في الشركات الإنتاجية مهما بلغت قيمته لأن النقد الذي فيها غير مقصود ٠سابعا : وعلى فرض التسليم بأن النقد الذي في الشركة مقصود وأن بيع الأسهم له حكم بيع موجوداتها فإن صورة هذه المعاملة كمسألة (مد عجوة ودرهم) وهي : بيع الربوي بجنسه ومع أحدهما من غير جنسهما ، وكل من الربويين مقصود في

(١) نظرة شرعية في الأسهم السعودية، ص/٥٤

العقد ، وبيان ذلك أن الأسهم مؤلفة من : النقد ، وهو بالريالات ، والأموال الأخرى من حقوق وأعيان ومنافع ، والثمن من الريالات ، فالريالات في طرفي العقد مقصودة ، ومع أحد الطرفين مال غير ربوي ٠والراجح في مسألة (مد عجوة ودرهم) وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية ورواية عن الإمام أحمد – أن العقد يصح بشرطين :الأول : أن يكون المال الربوي المفرد أكثر من الذي معه غيره ٠والثاني : ألا يكون القصد من المعاملة التحايل على الربا وذلك بأن يكون ما مع الربوي له قيمة حقيقية ، ولم يؤت به للتحليل ٠." (١)

"بكر أبو زيد صالح الفوزان عبدالله بن غديان عبدالعزيز آل الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز(...(...(قرار مجمع الفقه الإسلامي حول سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة) : مجلة البحوث ج ٥٢/٣٦٧- ٣٧٧ .الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ، سيدنا ونبينا محمد ، وآله وصحبه ، وسلم تسليما كثيرا ، وبعد :فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي قد نظر موضوع سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة) وما يعقد فيها من عقود بيعا وشراء على العملات الورقية وأسهم الشركات ، وسندات القروض التجارية والحكومية (٥٩) ، والبضائع ، وما كان من هذه العقود على معجل ، وما كان منها على مؤجل ، كما اطلع مجلس المجمع على الجوانب الإيجابية المفيدة لهذه السوق في نظر الاقتصاديين والمتعاملين فيها ، وعلى الجوانب السلبية الضارة فيها .(أ) فأما الجوانب الإيجابية المفيدة فهي :أولا : أنها تقيم سوقا دائمة تسهل تلاقي البائعين والمشترين ، وتعقد فيها العقود العاجلة والآجلة على الأسهم والسندات والبضائع .ثانيا : أنها تسهل عملية تمويل المؤسسات الصناعية والتجارية والحكومية عن طريق طرح الأسهم وسندات القروض للبيع .ثالثا : أنها تسهل بيع الأسهم وسندات القروض للغير ، والانتفاع بقيمتها ، لأن الشركات المصدرة لها لا تصفي قيمتها لأصحابها .رابعا : أنها تسهل معرفة ميزان أسعار الأسهم وسندات القروض والبضائع ، وتموجاتها في ميدان التعامل عن طريق حركة العرض والطلب .(ب) وأما الجوانب الضارة في هذه السوق فهي :أولا : أن العقود الآجلة التي تجري في هذه السوق ليست في معظمها بيعا حقيقيا ، ولا شراء حقيقيا ، لأنها لا يجري فيها التقابض بين طرفي العقد فيما يشترط له التقابض في العرضين أو أحدهما شرعا .." (٢)

---

(١) نظرة شرعية في الأسهم السعودية، ص/١١٦

(٢) فتاوى الأسهم والبنوك، ص/٧١

"وإذا أقيمت البينة فلا وجه للقول بعدم سماعها أو بعدم قبولها، فهي بينة عادلة شهدت بما يحتمل الصدق فتقبل كسائر البنيات، وأمر الغلط هذا وارد على بنى آدم لأنه- وكما ذكرنا- وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير الحقيقة، هذا ولا يرتبط سماع البينة أو قبولها بما اشترطه الشافعية من أن يكون للغلط وجه محتمل، بل يكفي أن يقول: لقد سبق لساني إلي هذا لأقول من غير قصد له. فإذا أقام البينة على ذلك قبل قوله، وإني لأعجب ممن يوجبون التمسك بخطأ شهدت البينة العادلة بضده.هذا وإذا أقيمت البينة العادلة خير المشتري بين قبول المبيع بثمنه الجديد وفسخ العقد وفي هذا تحقيق للعدل الكامل بين طرفي العقد، فلم نلزم المشتري بالثمن الجديد لأنه ربما كان عليه ضرر في التزامه، فقد دخل في البيع وارتضاه من قبل على أساس الثمن الأول، وقد لا يناسبه الثمن الجديد. فإذا اختار دفع الزيادة فله ذلك وإن اختار الفسخ فذلك حقه.هذا وقد اختلف الفقهاء فيمن اشتري السلعة ممن لا تقبل شهادتهم له : كابنه وأبيه وأمه، ثم أراد أن يبيعها مرابحة، هل يجب عليه بيان ذلك أم لا؟، لأن ذلك من باب الغلط أيضا في صفة من صفات المتعاقد.فذهب الحنفية(٤٢) والحنابلة(٤٣) إلي وجود البيان لأنه تهمة المسامحة في شرائه من هؤلاء، فكانت التهمة وهي الشراء بزيادة الثمن قائمة فلابد من البيان.وقال الشافعي(٤٤)، يجوز وإن لم يبين؛ لأنه اشتراه بعقد صحيح وأخبره بثمنه فأشبه ما لو اشتراه من أجنبي، وقد أوجب بعض الشافعية وجوب البيان مع الشراء من ابنه الطفل دفعا للتهمة.وفرق الإمام مالك بين ما كان فيه محاباة (فلم يجز بيعه مرابحة إلا ببيان) وما كان بيعا صحيحا، فقد جعله بمنزلة الشراء من أجنبي فلم يوجب البيان(٤٥).." (١)

"...ويلاحظ المطلق (المطلق، ١٩٩٣: ٢٥) أن عقد التوريد كما يكون منجما على دفعات، يمكن أن يكون منجزا على دفعة واحدة، ومثال ذلك: كما لو تعاقدت دائرة حكومية أو مؤسسة خاصة مع شركة استيراد أجهزة حاسوب على توريد مائة جهاز حاسوب بأوصاف معينة دفعة واحدة.وبناء على ما سبق فإن المطلق (المطلق، ١٩٩٣: ٢٥) عرف عقد التوريد بأنه:" عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين تسليم الطرف الآخر أشياء منقولة بثمن معين".الترجيح:يرجح الباحثان لتعريف عقد التوريد ما اختاره المطلق؛ لسلامة تعريفه من الاعتراضات سابقة الذكر، وعليه فإن عقود التوريد هي: العقود التي يتعهد بمقتضاها أحد المتعاقدين تسليم الطرف الآخر أشياء منقولة بثمن معين.المطلب الثاني: أقسام عقود التوريد:...الملاحظ أن عقود التوريد تتعدد أقسامها بحسب اعتبارات مختلفة هي على النحو التالي:الفرع الأول: باعتبار مدى

---

(١) عقد المرابحة ضوابطه الشرعية وصياغته المصرفية وانحرافاته التطبيقية، ص/51

حرية المتعاقدين في قبول العقد أو رفضه:...وبهذا الاعتبار تنقسم عقود التوريد إلى قسمين هما:١- عقود التوريد الموحدة:...وهي العقود التي تعقد لأجل توريد خدمات الماء والكهرباء والغاز والهاتف، ويلاحظ في هذه العقود أن أحد **طرفي العقد** وهي الجهة المقدمة للخدمات تقف موقف القوي المستغني، بينما يقف الطرف الآخر موقف المذعن المحتاج الذي تملى عليه الشروط (المطلق، ١٩٩٣: ٣١)....ويرى المطلق (المطلق، ١٩٩٣: ٣١) أن هذه العقود شبيهة بعقود الشراء المستمر كأن يشتري الإنسان لبن الشاة شهرا، كما أنه لا يعلم أحدا من العلماء يشترط تسليم الثمن مقدما فيها، ولا يجعل ذلك من باب السلم.٢- عقود التوريد الحرة:...وهي تلك العقود التي يتمتع فيها كل من **طرفي العقد** بحريته التامة في إنشاء العقد وتحديد شروطه، وغالبية عقود التوريد تندرج تحت هذا النوع.(المطلق، ١٩٩٣: ٣٢).الفرع الثاني: باعتبار طبيعة العقد:...وتنقسم عقود التوريد بهذا الاعتبار إلى قسمين هما:١- عقود التوريد الإدارية:." (١)

"ومرد التفرقة بين اليسير والفاحش إلى العرف، إذ ليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه، وما ورد من تقديرات لحد الغبن في عبارات بعض الفقهاء فهو ليس شريعة لازمة وإنما كان مبناه على ما شاع من الأعراف في أزمنتهم.نظرية الظروف الطارئة.قد يطرأ بعد إبرام بعض العقود ذات التنفيذ المتراخي تبدل مفاجئ في الظروف والأحوال تجعل تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته كما وردت بالعقد مما يلحق به آثارا بالغة الضرر كما لو ارتفعت العملة ارتفاعا مفاجئا، أو ارتفعت أسعار المواد الخام في عقد استصناع ارتفاعا مفاجئا ونحو ذلك. فما موقف الفقه الإسلامي من هذه القضية.إن أصول الشريعة تقتضي جواز تعديل الالتزامات بما يحقق العدالة ويوزع أعباء هذه الظروف المفاجئة على **طرفي العقد**.ولقد عرض هذا الأمر على مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة ١٤٠٢هـ وقرر بهذا الصدد ما يلي:١- في العقود المتراخية التنفيذ - كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات - إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلا غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييرا كبيرا - بأسباب طارئة عامة لم تكون متوقعة حين التعاقد - فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع - وبناء على الطلب - تعديل الحقوق والالتزامات بصورة توزع القدر المتجاوز للتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين.كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له

---

(١) عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة، ص/٤

جانبا معقولا من الخسارة التي تلحقه من العقد، بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعا رأي أهل الخبرة الثقات.." (١)

"٢- ويحق للقاضي أيضا أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيرا بهذا الإمهال.هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقا للعدل الواجب بين **طرفي العقد**، ودفعا للضرر الملحق لأحد المتعاقدين لسبب لا يد له فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها.الأصل في العقود والشروط الحل.- الأصل في العقود والشروط الحل، في أرجح قولي العلماء(١) فلا يحرم منها إلا ما دل الشرع على تحريمه نصا أو قياسا، ومن أدلتهم على ذلك:- أن الأصل في العقود رضا المتعاقدين وموجبها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد، قال تعالى:﴿ ﴾ [النساء: ٢٩].فاستثني من عدم جواز الأكل ما كان عن تراض، فلم يشترط في التجارة إلا التراضي كما اشترط في التبرع طيب النفس فدل على أن كل ما حصل فيه ذلك فهو جائز إلا ما ورد الشرع بتحريمه كالتجارة في الخمر.- أن العقود والشروط من العادات والأصل فيها عدم التحريم لأن الأصل في العادات الإباحة، قال تعالى: ﴿ ﴾ [الأنعام: ١١٩] ،وهو عام في الأعيان والأفعال، فيستصحب ذلك حتى يأتي ما يدل على الحرمة.- أن النصوص الشرعية المانعة من أنواع المعاملات قليلة جدا وهذا يعني أن ما عدا ذلك على أصل الحل، قال ابن العربي: هناك أربع نصوص هي قواعد المعاملات في الإسلام:______________(١) جمهور أهل العلم على أن الأصل في العقود الحل، أما الأصل في الشروط فمختلف فيه، فالجمهور على تقييد الشروط بالمنصوصة أو المستنبطة اجتهادا، وخالف الحنابلة وابن شبرمة وبعض المالكية فقالوا بحرية العقود والشروط.." (٢)

"وقد بحثت هيئة كبار العلماء بالسعودية قضية الشروط الجزائية وانتهت إلى صحتها والعمل بموجبها ورد المبالغ فيه منها إلى العدل والإنصاف، وفيما يلي نص قرار الهيئة بهذا الصدد.قرار هيئة كبار العلماء حول الشرط الجزائي:(بعد مداولة الرأي والمناقشة واستعراض المسائل التي يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائي، ومناقشة توجيه قياسه على تلك المسائل والإيراد عليه، وتأمل قوله تعالى: ﴿ ﴾ وما روي عنه صلى الله عليه وسلم من قوله: ((المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا)) ولقول

---

(١) ما لا يسع التاجر جهله، ص/٣٦

(٢) ما لا يسع التاجر جهله، ص/٣٧

عمر رضي الله عنه: ((مقاطع الحقوق عند الشروط)) والاعتماد على القول الصحيح: من أن (الأصل في الشروط الصحة، وأنه لا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا).واستعراض ما ذكره أهل العلم من تقسيم الشروط في العقود إلى صحيحة وفاسدة، وتقسيم الصحيحة إلى ثلاثة أنواع:أحدها: شرط يقتضيه العقد: كاشتراط التقابض وحلول الثمن.الثاني: شرط من مصلحة العقد: كاشتراط صفة في الثمن كالتأجيل أو الرهن أو الكفيل به، أو صفة في المثمن ككون الأمة بكرا.الثالث: شرط فيه منفعة معلومة وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا منافيا لمقتضاه كاشتراط البائع سكنى الدار شهرا.وتقسيم الفاسدة إلى ثلاثة أنواع:أحدها: اشتراط أحد طرفي العقد على الطرف الثاني عقدا آخر كبيع أو إجارة أو نحو ذلك.الثاني: اشتراط ما ينافي مقتضى العقد: كأن يشترط في المبيع ألا خسارة عليه، أو ألا يباع أو يوهب أو يعتق.الثالث: الشرط الذي يتعلق به العقد كقوله: بعتك إن جاء فلان.وبتطبيق الشرط الجزائي عليها وظهور أنه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدود له.." (١)

"ثالثا: أنها تسهل بيع الأسهم وسندات القروض للغير والانتفاع بقيمتها لأن الشركات المصدرة لها لا تصفي قيمتها لأصحابها.رابعا: أنها تسهل معرفة ميزان أسعار الأسهم وسندات القروض والبضائع، وتموجاتها في ميدان التعامل عن طريق حركة العرض والطلب.الآثار السلبية للبورصة:أما الجوانب السلبية للبورصة فإنها تتمثل فيما يلي:أولا: أن العقود الآجلة التي تجري في هذه السوق ليست في معظمها بيعا حقيقيا، ولا شراء حقيقيا، لأنها لا يجري فيها التقابض بين طرفي العقد فيما يشترط له التقابض في العوضين أو في أحدهما شرعا.ثانيا: أن البائع فيها غالبا يبيع ما لا يملك من عملات وأسهم أو سندات قروض أو بضائع على أمل شرائه من السوق وتسليمه في الموعد، دون أن يقبض الثمن عند العقد كما هو الشرط في السلم.ثالثا: أن المشتري فيها غالبا يبيع ما اشتراه لآخر قبل قبضه، والآخر يبيعه أيضا لآخر قبل قبضه، وهكذا يتكرر البيع والشراء على الشيء ذاته قبل قبضه، إلى أن تنتهي الصفقة إلى المشتري الأخير الذي قد يريد أن يتسلم المبيع من البائع الأول الذي يكون قد باع ما لا يملك، أو أن يحاسبه على فرق السعر في موعد التنفيذ، وهو يوم التصفية، بينما يقتصر دور المشترين والبائعين غير الأول والأخير على قبض فرق السعر في حالة الربح، أو دفعه في حالة الخسارة، في الموعد المذكور، كما يجري بين المقامرين تماما.رابعا: ما يقوم به

(١) ما لا يسع التاجر جهله، ص/٣٩

الممولون من احتكار الأسهم والسندات والبضائع في السوق للتحكم في البائعين الذين باعوا ما لا يملكون على أمل الشراء قبل موعد تنفيذ العقد بسعر أقل، والتسليم في حينه، وإيقاعهم في الحرج.." (١)

"٥- لا يجوز أن تشمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقا أو مضافا للمستقبل وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعدا بالبيع، وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء وبرضى الطرفين.٦- لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصا يؤدي إلى احتمال قطع نصيب الشركة في الربح، فإن وقع كان العقد باطلا.ويترتب على ذلك:أ- عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة بناء عليها.ب- أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي، وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة، ويعرف مقدار الربح: إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد، وما زاد عن رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة، وفقا لشروط العقد.جـ- أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع، وأن يكون معلنا، وتحت تصرف حملة الصكوك.٧- يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتنضيض أو التقويم، ولا يلزم إلا بالقسمة وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة يجب أن توزع غلته، وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض – التصفية – يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.٨- ليس هناك مايمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح – في حالة وجود تنضيض دوري – وأما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال.." (٢)

"٩- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة، أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.الصرف:من الخدمات المصرفية التي تقوم بها المصارف بيع

(١) ما لا يسع التاجر جهله، ص/١٩٦

(٢) ما لا يسع التاجر جهله، ص/٢٩٢

وشراء العملات الأجنبية ومسائل الصرف من المسائل الدقيقة التي تحتاج إلى بيان لا سيما في ضوء التطور الذي شهدته المعاملات الاقتصادية المعاصرة.ولما كانت النقود من الأموال الربوية، وقد انتهى النظر الفقهي إلى اعتبار نقد كل دولة من الدول جنسا قائما بذاته فإن القواعد التي تحكم صرف العملات بعضها ببعض تتمثل فيما يلي:إذا صرف نقد بجنسه – دولار بدولار أو جنيه بجنيه مثلا- فيشترط لجواز ذلك شرطان: التماثل والتقابض، فلا يجوز التفاوت ولا يجوز التأخير، أي يحرم الفضل والنساء جميعا.وإذا صرف نقد بغير جنسه - دولار بجنيه أو جنيه بريال مثلا - فيشترط لجواز ذلك شرط واحد وهو التقابض، فيحرم تأخير قبض أحد العوضين، ولا تحرم الزيادة بأن يصرف الدولار بثلاثة جنيهات مثلا أو أقل أو أكثر ما دام ذلك في المجلس.فالتقابض شرط في صحة الصرف في جميع الأحوال بلا نزاع.قال ابن المنذر: (أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد).(١)____________(١) الإجماع لابن المنذر٥٨.." (١)

" يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع ، ويجب أن يكون معلنا وتحت تصرف حملة الصكوك.٥- يستحق الربح بالظهور ، ويملك بالتنضيض أو التقويم ، ولا يلزم إلا بالقسمة . وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته ، وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب (١) .٦- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، أما من حصة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ، ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال.٧- ليس ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو الصكوك على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته ، وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين ، وعلى أن يكون التزاما مستقلا عن العقد ؛ بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ، ومن ثم فليس لحملة الصكوك الدفع ببطلان العقد ، أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به ؛ بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد .٨- التجارب القطرية والدولية في التوريق: (٢)من المؤسف أن تكون الأدوات الإسلامية غريبة في دنيا التعامل الإسلامي ؛ حيث يسيطر الوجود القانوني للأدوات المالية ذات الفوائد ، وبخاصة في قوانين الشركات التجارية السارية المفعول في معظم البلاد العربية والإسلامية.____________(١) أو يمكن

---

(١) ما لا يسع التاجر جهله، ص/٢٩٣

اعتباره تنضيضا حكميا ، ولا يرجع على من أخذ شيئا من الربح بشئ من الخسارة المستقبلية.(٢) انظر التنمية عن طريق الأدوات التمويلية الإسلامية للدكتور سامي حمود ٢١١ وما بعدها من أعمال الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي .." (١)

"ويجوز أن يتطوع المضارب بالضمان منفصلا عن عقد المضاربة أي بعد تمام العقد ، فلا ينبى دخول المشارك على وجود ذلك الضمان . وبذلك أفتى بعض فقهاء المالكية (١) ،كما يجوز أن يتبرع طرف ثالث بالضمان لرأس المال شريطة أن يكون الطرف الثالث منفصلا في شخصيته مستقلا في ذمته المالية عن **طرفي العقد** وبدون مقابل ، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة .. بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو العامل في المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد (٢)١٥- التقويم في الصكوك (التنضيض الحكمي):بما أن نشاط الصندوق يستمر سنوات وتمر عليه دورات زمنية متعددة ؛ نظرا للطابع الجماعي في المستثمرين، والمخارجة بينهم فإن التنضيض الحكمي هو الملائم لهذه الطبيعة وقد اعتبر بديلا صحيحا عن التنضيض الفعلي ، الذي لايقع إلا عند نهاية مدة الصندوق بالتصفية لموجوداته.وقد جاء قرار المجمع بشأن سندات المقارضة أن مقدار الربح يعرف إما بالتنضيض، أو بالتقويم للمشروع بالنقد . كما اشترطت فتاوى الحلقة الفقهية الثانية للبركة أن يتم التقويم وفقا للمعايير المحاسبية المتاحة (٣) .ـــــــــــــــ(١) جاء في إعداد المهج ص ١٦١ (قيل لابن زاب : أيجب الضمان في مال القراض ، إذا طاع قابضة بالتزام الضمان ؟ فقال : إذا التزم الضمان طائعا بعد الشروع في العمل فما يبعد أن يلزمه).(٢) قرار المجمع رقم ٥ للدورة الرابعة(٣) قرار المجمع رقم ٥ للدورة الرابعة البند /٧ ؛ وندوة البركة السادسة فتوى /٩ ؛ والحلقة الفقهية الأولى للبركة فتوى /٤." (٢)

"٨. لا يجوز أن تشمل نشرة الإصدار أي نص . صراحة أو ضمنا . يضمن به مصدر الصك لمالكه قيمته الإسمية في غير حالات التعدي والتقصير، إلا أنه ليس هناك ما يمنع شرعا من النص على وعد من الغير (طرف ثالث) منفصل في شخصيته، وذمته المالية، عن **طرفي العقد** بالتبرع بدون مقابل بدفع مبلغ مخصص لجبران الخسران في مشروع معين، وعلى أن يكون التزاما مستقلا عن العقد؛ بمعنى أن قيامه

---

(١) الضوابط الشرعية للتوريق والتداول للأسهم والحصص والصكوك، ص/١٠

(٢) الضوابط الشرعية للتوريق والتداول للأسهم والحصص والصكوك، ص/٢١

بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك الدفع ببطلان العقد، أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد (١) . وسيتم بحث موضوع ضمان الصكوك في موضع آخر من هذه الدراسة.الضوابط الخاصة التي تحكم عمليات التوريق الإسلاميصكوك المضاربة(١) المصدر لتلك الصكوك هو المضارب ، والمكتتبون فيها هم أرباب المال ، وحصيلة الاكتتاب هي رأسمال المضاربة ، ويملك حملة الصكوك موجودات المضاربة والحصة المتفق عليها من الربح لأرباب المال، ويتحملون الخسارة إن وقعت (٢) .ـــــــــــــــــــ(١) ... يراجع في ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بخصوص سندات المقارضة رقم ٣٠(٤/٥) المتخذ في دورة مؤتمره الرابع بجده في المملكة العربية السعودية، من ١٨-٢٣ جمادى الآخر ١٤٠٨هـ الموافق ٦-١١/شباط (فبراير) ١٩٨٨.(٢) المعايير الشرعية ، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، المنامة – البحرين ص ٣١٥ .." (١)

"... وفي نفس هذا الموضوع فقد بحثت الحلقة العلمية الأولى للبركة مسألة توزيع الدخل التشغيلي بنسبة تحت الحساب إلى حين التنضيض وأصدرت الفتوى التالية :... " إذا كان موضوع المضاربة أصولا تدر دخلا جاز الاتفاق على توزيع هذا الدخل بين المضارب ورب المال بنسبة معينة تحت الحساب ، وعلى توزيع ما ينتج من ربح عند بيعها بنسبة أخرى وإذا بيع الأصل بأقل من ثمن شرائه فإن هذا النقصان يجبر من الدخل التشغيلي " (١) .... ولقد تم إقرار هذا المبدأ في الفتوى الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي الذي بين المسألة بوضوح تام كالآتي :... " يستحق الربح بالظهور ، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة ، وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته ، وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب " (٢) .... أما بخصوص الطريقة الثانية والتي يوزع فيها الربح بشكل نهائي في فترات دورية محددة ، بحيث تكون كل دورة مستقلة عن الأخرى دون اللجوء إلى التصفية الفعلية للأصول والاستثمارات التي تم توزيعها ، فإننا نواجه بعض العقبات والإشكاليات الشرعية، حيث يشترط في الفقه الإسلامي توفر شرطين لكي يستقر ملك الطرفين في حصتهما من الربح ، وهما :(١) شرط تنضيض المال (تصفية الاستثمار)(٢) شرط قبض رب المال لأصل ماله (استعادة رأس المال)... وحيث أن مدة الاستثمارات في الموجودات المورقة غالبا ما تكون متوسطة وطويلة الأجل ، ويتعذر القيام بالتصفية الكلية لهذه الاستثمارات كما يتعذر إعادة رأس المال

---

(١) الصكوك الإسلامية " التوريق " – محيسن، ص/٤٤

للمستثمرين فكيف اذن تعالج هذه المسألة ؟ـــــــــــــــــــــــــــ(١))) ... الحلقة العلمية الأولى للبركة ، رمضان ١٤١٢هـ ، ١٩٩٢ م.(٢))) ... مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، قرار رقم (٥) ٨٨/٠٨/٤ بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار ، الدورة الرابعة – جدة – المملكة العربية السعودية .." (١)

"لكن حملة الصكوك هم أيضا مالكون للأصل المولد للعائد (كالعقار المؤجر ونحوه) وهذا الأصل عرضة لتقلبات الأسعار فلو انفسخ عقد الإجارة قبل أجله وكان على حملة الصكوك بيع الأصل المؤجر والحال ان قيمته في السوق قد انخفضت تعرضوا للخسران (١) لذلك فإن الصكوك تتضمن مخاطرة تقلبات الأسعار (أي المخاطر السوقية)، وهذا عنصر اختلاف عن السندات. أما تصنيف صكوك المضاربة والمشاركة فالأمر فيها أكثر تعقيدا حتى يكاد لا يوجد لها تصنيف في الوقت الحاضر.٨- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي الدولي بشأن الصكوك:صدر عن المجمع الفقهي الإسلامي الدولي بشأن الصكوك قراران الأول: هو القرار رقم ٣٠ (٤/٣) بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار وجاء فيه "سندات المقارضة هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصا شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه بنسبة ملكية كل منهم فيه ويفضل تسمية هذه الأداة الاستثمارية صكوك المضاربة (٢) .ــــــــــــــــــــــــــ(١) - ... ولهذا السبب تتضمن هيكل إصدار الصكوك التزاما على المستأجر بشراء الأصل في حال انفساخ العقد بالقيمة السوقية حتى يشكل ذلك دين عليه فيمكن من تمام التصنيف.(٢) - بسم الله الرحمن الرحيمالحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعينقرار رقم: ٣٠ (٤/٣)[١]بشأنسندات المقارضة وسندات الاستثمارإن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨-٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ الموافق ٦– ١١ شباط (فبراير) ١٩٨٨م،بعد اطلاعه على الأبحاث المقدمة في موضوع سندات المقارضة وسندات الاستثمار، والتي كانت حصيلة الندوة التي أقامها المجمع بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية بتاريخ ٦-٩ محرم ١٤٠٨هـ الموافق ٢ – ٨ أيلول ١٩٨٧م تنفيذا للقرار رقم (٣/١٠) المتخذ في الدورة الثالثة للمجمع وشارك فيها عدد من أعضاء المجمع وخبرائه وباحثي المعهد وغيره من المراكز العلمية والاقتصادية، وذلك للأهمية البالغة لهذا الموضوع وضرورة استكمال جميع جوانبه، للدور الفعال لهذه الصيغة في زيادة القدرات على

---

(١) الصكوك الإسلامية " التوريق " - محيسن، ص/٥٧

تنمية الموارد العامة عن طريق اجتماع المال والعمل،وبعد استعراض التوصيات العشر التي انتهت إليها الندوة ومناقشتها في ضوء الأبحاث المقدمة في الندوة وغيرها،قرر ما يلي:أولا: من حيث الصيغة المقبولة شرعا لصكوك المقارضة:١- سندات المقارضة هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصا شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه، بنسبة ملكية كل منهم فيه.ويفضل تسمية هذه الأداة الاستثمارية صكوك المقارضة.٢- الصورة المقبولة شرعا لسندات المقارضة بوجه عام لابد أن تتوافر فيها العناصر التالية:العنصر الأول:أن يمثل الصك ملكية حصة شائعة في المشروع الذي أصدرت الصكوك لإنشائه أو تمويله، وتستمر هذه الملكية طيلة المشروع من بدايته إلى نهايته.وترتب عليها جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعا للمالك في ملكه من بيع وهبة ورهن وإرث وغيرها، مع ملاحظة أن الصكوك تمثل رأس مال المضاربة.العنصر الثاني:يقوم العقد في صكوك المقارضة على أساس أن شروط التعاقد تحددها نشرة الإصدار وأن الإيجاب يعبر عن الاكتتاب في هذه الصكوك، وأن القبول تعبر عنه موافقة الجهة المصدرة.ولابد أن تشتمل نشرة الإصدار على جميع البيانات المطلوبة شرعا في عقد القراض (المضاربة) من حيث بيان معلومية رأس المال وتوزيع الربح مع بيان الشروط الخاصة بذلك الإصدار على أن تتفق جميع الشروط مع الأحكام الشرعية.العنصر الثالث:أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك مأذونا فيه من المضارب عند نشوء السندات مع مراعاة الضوابط التالية:أ- إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقودا فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف.ب- إذا أصبح مال القراض ديونا تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام التعامل بالديون.ج- إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقا للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعيانا ومنافع. أما إذا كان الغالب نقودا أو ديونا فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة.وفي جميع الأحوال يتعين تسجيل التداول أصوليا في سجلات الجهة المصدرة.العنصر الرابع:أن من يتلقى حصيلة الاكتتاب في الصكوك لاستثمارها وإقامة المشروع بها هو المضارب، أي عامل المضاربة، ولا يملك من المشروع إلا بمقدار ما قد يسهم به بشراء بعض الصكوك، فهو رب مال بما أسهم به، بالإضافة إلى أن المضارب شريك في الربح بعد تحققه بنسبة الحصة المحددة له في نشرة الإصدار، وتكون ملكيته في المشروع على هذا

الأساس.وأن يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصكوك وعلى موجودات المشروع هي يد أمانة لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضمان الشرعية.٣-مع مراعاة الضوابط السابقة في التداول: يجوز تداول صكوك المقارضة في أسواق الأوراق المالية، إن وجدت، بالضوابط الشرعية، وذلك وفقا لظروف العرض والطلب ويخضع لإرادة العاقدين. كما يجوز أن يتم التداول بقيام الجهة المصدرة في فترات دورية معينة بإعلان أو إيجاب يوجه إلى الجمهور تلتزم بمقتضاه خلال مدة محددة بشراء هذه الصكوك من ربح مال المضاربة بسعر معين، ويحسن أن تستعين في تحديد السعر بأهل الخبرة، وفقا لظروف السوق والمركز المالي للمشروع. كما يجوز الإعلان عن الالتزام بالشراء من غير الجهة المصدرة من مالها الخاص، على النحو المشار إليه.٤- لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمنا بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل.٥- لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقا أو مضافا للمستقبل. وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعدا بالبيع وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء ويرضى الطرفين.٦- لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصا يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد باطلا.ويترتب على ذلك:أ- عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها.ب- أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي، وهو الزائد على رأس المال وليس الإيراد أو الغلة. ويعرف مقدار الربح، إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد، وما زاد على رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة، وفقا لشروط العقد.ج- أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلنا وتحت تصرف حملة الصكوك.٧- يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته، وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.٨- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال.٩- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي

العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.ثانيا: استعرض مجلس المجمع أربع صيغ أخرى اشتملت عليها توصيات الندوة التي أقامها المجمع، وهي مقترحة للاستفادة منها في إطار تعمير الوقف واستثماره دون الإخلال بالشروط التي يحافظ فيها على تأبيد الوقف وهي:أ- قامة شركة بين جهة الوقف بقيمة أعيانه وبين أرباب المال بما يوظفونه لتعمير الوقف.ب- تقديم أعيان الوقف –كأصل ثابت– إلى من يعمل فيها بتعميرها من ماله بنسبة من الريع.ج- تعمير الوقف بعقد الاستصناع مع المصارف الإسلامية، لقاء بدل من الريع.د- إيجار الوقف بأجرة عينية هي البناء عليه وحده، أو مع أجرة يسيرة.وقد اتفق رأي مجلس المجمع مع توصية الندوة بشأن هذه الصيغ من حيث حاجتها إلى مزيد من البحث والنظر، وعهد إلى الأمانة العامة الاستكتاب فيها، مع البحث عن صيغ شرعية أخرى للاستثمار، وعقد ندوة لهذه الصيغ لعرض نتائجها على المجمع في دورته القادمة.والله أعلم ؛؛." (١)

"ومثل ذلك تعارف الناس كثيرا من العادات التجارية والخطط السياسية والأنظمة الاقتصادية والإنمائية والاجتماعية التي تتطلبها حاجاتهم، وتستدعيها مصالحهم، فهي جائزة ما لم تصادم نصا تشريعيا آمرا بنقيض المتعارف عليه أو ناهيا عنه أو ممنوعا بنص خاص وارد فيه.٣ . يجوز شراء بعض الحاجيات الشخصية أو المنزلية كالساعة والمذياع والغسالة والثلاجة مع ضمانة عدم العطب، أو التكفل بإصلاحها مدة معينة، لتعارف الناس واحتياجهم إلى ذلك. فهذا عرف خاص يعارضه نص حديث نبوي وهو أن النبي (ص) قد ((نهى عن بيع وشرط)). والحقيقة أن هذا العرف ليس بقاض على الحديث، بل على القياس، كما قال ابن عابدين، لأن الحديث معلل بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به: وهو قطع المنازعة، والعرف مانع للنزاع، فكان موافقا لمعنى الحديث، ولم يبق من الموانع إلا القياس أي القاعدة العامة، والعرف قاض عليه.وهناك شروط أخرى هي في الأصل عند الحنفية شروط مفسدة لعقد البيع ونحوه من المعاوضات المالية، إلا أنها نظرا لتعارفها بين الناس وحاجتهم الماسة إليها، لم تعد من أسباب الفساد عامة، كأن اشترى انسان حنطة على أن يطحنها البائع دقيقا، أو قماشا على أن يخيطه البائع قميصا، أو يشتري رجل حنطة على أن يتركها في دار البائع شهرا، أو يبيع شخص دارا على أن يسكنها البائع شهرا، ثم يسلمها إليه، أو

---

(١) الصكوك الإسلامية " التوريق " – القري، ص/١٢

أرضا على أن يزرعها سنة مثلا، فهي كلها صحيحة بالرغم من وجود زيادة منفعة مشروطة لأحد المتعاقدين، مما يخل بمبدأ تعادل **طرفي العقد**، ويؤيده أن النبي (ص) ((اشترى من جابر بن عبدالله جملا، واستثنى . جابر . حملانه عليه إلى أهله)).٤ . أجاز العلماء بالاتفاق الاستئجار على تعليم اللغة والأدب والحساب والخط والفقه والحديث ونحوها، وبناء المساجد والقناطر والثغور والرباطات، لتعارف الناس وللحاجة أو الضرورة الداعية لذلك، وإلا تعطلت المصالح العامة.." (١)

"٢ ــ من الشروط الفاسدة عند الحنفية ، ما لو قال المحيل : أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع علي عند التواء(١)[٤٢] .ج . بطلان الشرط الفاسد ، وصحة عقد الحوالة :وهل يبطل عقد الحوالة باشتراط هذه الشروط ؟ أو يبطل الشرط ، ويصح العقد ؟ خلاف بين الفقهاء على قولين :... القول الأول : يرى بطلان الشرط وصحة العقد : وهو قول الحنفية وبعض الشافعية والحنابلة(٢)[٤٣] .... القول الثاني : يرى بطلان عقد الحوالة باشتراط مثل هذه الشروط : وهو قول أكثر الشافعية وبعض الحنابلة(٣)[٤٤].... القول الراجح :... يبدو لي أن الراجح هو القول الأول الذي يرى بطلان الشرط وصحة العقد ، لحديث عائشة . رضي الله عنها . السابق الذكر ، كما أن فيه استقرار للعقود والمعاملات ، وهو من مقاصد الشريعة .المطلب الثاني : أطراف الحوالة... تبين مما سبق أن عقد الحوالة لا يتم إلا بين أطراف ثلاثة وهم : المحيل ، والمحال ، والمحال عليه ، وفي هذا المطلب أخصص الكلام عن كل طرف على حدة ، وذلك في ثلاثة فروع :الفرع الأول : المحيل... المحيل هو : المدين الأصلي ، الذي أحال الدائن بما عليه من دين على آخر ، وقد ذكرت أثناء الحديث عن ركن الصيغة ، أن عقد الحوالة قد يتم باتفاق بين المحيل وبين المحال ، ولا شك أنه في هذه الحالة يكون أحد **طرفي العقد** ، وبالتالي يشترط أن يكون أهلا للتصرفات ، وكما يستفاد من تعريف الحوالة بأنها انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، أنه يشترط أن يكون المحيل مدينا للمحال .______________(١) [٤٢ البحر الرائق : ابن نجيم ١٨٩/٦ ، وسيأتي الكلام عن التواء أثناء الحديث عن براءة ذمة المحيل وانتهاء الحوالة بالتوى إن شاء الله ص٨٤ ، ١١٧ من هذه الرسالة .(٢) [٤٣ البحر الرائق : ابن نجيم ١٨٩/٦ ، المجموع : النووي ٣٣٩/٩ ، الإنصاف : المرداوي ٣٣٨/٤ .(٣) [44 المجموع : النووي ٣٣٩/٩ ، الإنصاف : المرداوي ٣٣٨/٤ .." (٢)

---

(١) الخلاصة في بيع المعدوم، ص/٢٧٥

(٢) الحوالة والسفتجة، ص/٦١

"يترتب على عقد البيع آثار والتزامات في كلا **طرفي العقد**، في جانب البائع، وفي جانب المشتري. ومن أبرز هذه الآثار وتلك الالتزامات نقل ملكية المبيع عن البائع إلى المشتري، فعقد البيع يوجب ثبوت ملك المشتري للمبيع(١)، وهذا يقتضي نقل ضمان المبيع عن البائع إلى المشتري(٢)، إلا أن أهل العلم استثنوا حالات يكون فيها ضمان المبيع على البائع حتى بعد انتقال الملك إلى المشتري على اختلاف بينهم في بعض تلك الحالات. ومن أهم تلك الاستثناءات.أولا: هلاك المبيع في يد البائع بآفة سماوية ، أو بفعل غير المشتري(٣).ثانيا: ظهور المبيع مستحقا لغير البائع(٤) .ثالثا: ظهور عيب قديم في المبيع.__________(١) ينظر: بدائع الصنائع (١٣٥/٥)، بداية المجتهد (١٥٦/٢)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢٥٩/٢)، معونة أولي النهى (١١٧/٤).(٢) ينظر: تبيين الحقائق (١٦/٤) ، عقد الجواهر الثمينة (٥٠٣/٢) ، مغني المحتاج (٦٥/٢)، بلغة الساغب ص (١٨٦، ١٨٨).(٣) لأهل العلم في ضمان المبيع في هذه الحال ثلاثة أقوال:الأول: أن البائع يضمن المبيع إذا كان مما يحتاج إلى حق توفيه – أي: حق تأدية – . وهذا مذهب المالكية ، والحنابلة.الثاني: أن ابائع يضمن المبيع مطلقا إلى أن يقبضه المشتري. وهذا مذهب الحنفية ، والشافعية ، ورواية عن أحمد.الثالث: أن البائع لا يضمن المبيع من حين تمام العقد، بل هو ضامن المشتري. وهذا مذهب الظاهرية.[ينظر: بدائع الصنائع (٢٣٨/٥)، بداية المجتهد (١٨٥/٢ – ١٨٦)، حاشية الدسوقي] (١٤٤/٣)، مغني المحتاج (٦٥/٢)، إخلاص الناوي (٧٠/٢)، المغني (١٩٠/٦)، الإنصاف (٤١٥/٤)، شرح منتهى الإرادات (١٨٩/٢)، المحلى (٣٧٩/٨)] .(٤) ينظر: شرح فتح القدير (٤٣/٧ – ٤٥)، مواهب الجليل (٢٩٥/٥)، حاشية قليوبي وعميرة (١٩٥/٣)، شرح منتهى الإرادات (٤١٧/٢)، المحلى (٥٠٩/٨).." (١)

"ومما يدل على صحة المرابحة قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ [سورة البقرة: آية ٢٧٥] فهي تدخل ضمن العقود المباحة، ويشترط لصحتها شروط عدة، منها:١ – أن يكون الثمن الأصلي "الأول" معلوما **لطرفي العقد** وخاصة للمشتري الثاني، وكذلك ما يحمل عليه من تكاليف أخرى.٢ – أن يكون الربح معلوما: مقدارا أو نسبة من الثمن الأول.٣ – أن يكون رأس المال من ذوات الأمثال، بمعنى أن يكون له مثيل كالمكيلات والموزونات والعدديات.٤ – ألا يكون الثمن في العقد الأول مقابلا بجنسه من أموال الربا، بمعنى لا يصح بيع النقود مرابحة، ولا يجوز بيع السلعة بمثلها.٥ – أن يكون العقد الأول صحيحا؛ لأن بيع المرابحة مرتبط بالعقد الأول.٦ – أن تكون السلعة موجودة عند البائع حين إبرام عقد البيع، أي

---

(١) الحوافز التجارية التسويقية وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص/٢٣٣

أن يكون حائزا للبضاعة ومالكا لها وقادرا على تسليمها إلى المشتري؛ لأن عقد بيع المرابحة يقوم على البيع الحاضر.وفي مجال العمل المصرفي، فإن بيع المرابحة يتميز بحالتين:أ — الحالة الأولى: وهي الوكالة بالشراء مقابل أجر، فمثلا يطلب العميل من المصرف الإسلامي شراء سلعة معينة ذات أوصاف محددة، بحيث يدفع ثمنها إلى المصرف مضافا إليه أجر معين.ب – الحالة الثانية: يطلب العميل من المصرف الإسلامي شراء سلعة معينة محددة الأوصاف، بعد الاتفاق مع المصرف على تكلفة شرائها ثم إضافة ربح معلوم عليها. ويتضمن هذا النوع من التعامل وعدا من العميل بشراء السلعة حسب الشروط المتفق عليها، ووعدا آخر من المصرف بإتمام هذا البيع طبقا لذات الشروط(٣١).وعلى هيئة التدقيق الشرعي في عمليات المرابحة للآمر بالشراء ما يلي:١ – الاطلاع على عقد بيع المرابحة للآمر بالشراء بين المصرف والعميل مشتملا على تفاصيل البضاعة ومقدار الأرباح وطريقة السداد ومدته، وفترة السماح وأي شروط أخرى، والتأكد من صحة العقد وخلوه من الربا.." (١)

"فبذلك أعطى الباحث بيان واضح لمعنى بيع التقسيط وكيف يراه العلماء كوجه من أوجه الاختلاف عن بيعتين في بيعة وهو مضمون حديثنا هنا وانه شيء صحيح في التعامل لا غبار عليه ولاتنتفيه الجهالة أو عدم استقرارية الثمن وان بيع التقسيط هو صورة من البيع التي يأخذ نمط واحد بدون ترك المجلس على اختيارين بلا تحديد.العلل التي تناولها الحديثاولا: الجهالة في السعر (بالنسبة للمثمن) :إن حقيقة الأمر؛ إن السعر الذي ينطلق على البيعين في وقت واحد وفي الزمن الواحد لا يوضح ماهية التحديد بشكل بيني ومتوافق مع طلب السعرين، فهنا عندما يذكر السعران في آن واحد سيكون المشتري في وضع التائه الذي لا يعرف ضالته أين في سعر النقد أم الأجل أم كلتا الحالتين، وبذلك لا يتحقق الغرض المفاد من عملية البيع وهو تحديد سعر ثابت من دون غموض أو جهالة.ثانيا: عدم الاستقرار في البيع:إن حالة عدم الاستقرار التي ستحصل في حالة عدم فهم طريقة البيع ستولد مشكلة بين العاقدان وهما (البائع والمشتري)، وذلك لعدم وقوع الاثنين على سعر مستقر لا يتغير،وسيكون هناك تلاعب بالكلام ينشأ مستقبلا بين طرفي العقد عند حالة البيع، فالوضع الغير الثابت والغير الواضح الذي تولد نتيجة عدم تحقيق مجلس عقد يجمع كل مقومات العقد السليم سيوصل في نهاية الأمر إلى حالة غبن لأحد الطرفين أو يثير تخاصم مستقبلا في أثناء طلب المشتري للسلعة التي اتفق عليها مع البائع.." (٢)

---

(١) الرقابة الشرعية في المصارف الاسلامية، ص/١١

(٢) النهي عن بيعتين في بيعة، ص/١٨

"١. أن الصانع له ألا يعمل ، فلا يجبر عليه ، فيكون ما بينهما وعد لا عقد ؛ لأنه لو كان ما بينهما عقد للزم الصانع العمل .٢. أن المستصنع له الحق في أن يرد المصنوع ، وله الرجوع فيما استصنعه قبل رؤيته تسليمه ، ولو كان عقدا لما كان بإمكانه الرجوع ، بل يلزمه القبول .٣. أنه لو كان عقدا لما بطل بموت أحد **طرفي العقد** ، بينما نجد أنه يبطل بموت أحدهما .٤. أنه لو كان عقدا لما صح ؛ لأنه بيع معدوم .٢٣المناقشة :* نوقش القول بأن للصانع عدم العمل وأن للمستصنع الرد وعدم القبول بعدم التسليم بثبوت الخيار لكل منهما، بل الاستصناع لازم بمجرد العقد ، وعلى فرض التسليم فإن ثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على أنه مواعدة فإن مثل ذلك البيع عرضا بعرض ، فإن لهما خيار الرؤية عند رؤية المبيع إذا لم يسبق لهما رؤيته ، ومثل ذلك الاستصناع .* وأما قولهم : إنه لو كان عقدا لما بطل بموت أحد الطرفين ، فإنه إنما بطل بموت أحد الطرفين لشبهه بالإجارة وهي تنفسخ بموت أحد الطرفين ، والإجارة عقد ، فمثلها الاستصناع .* وأما قولهم : إنه لو كان عقدا لم يصح ؛ لأنه بيع معدوم ؛ فلا نسلم أن بيع المعدوم منهي عنه شرعا ، فإن النهي هو عن الغرر وعن بيع الإنسان ما لا يملك .فأما الغرر : فكما في المزابنة والمحاقلة ؛ لأنه لا يدري هل ينبت ذلك المكان أم لا ، أما الاستصناع فإنه يغلب على الظن وجوده بصفته في وقت طلبه ؛ لتوفر أدواته وآلاته وقدرة الصانع على صناعته .." (١)

"ومن ذلك ما قامت به الهيئتان الشرعيتان لدى البنكين الأهلي والسعودي الأمريكي، فقد قامتا بإصدار قرار بشرعية بطاقتي الخير والتيسير الائتمانيتين التابعتين للبنكين، وأنهما متوافقتان مع الشريعة الإسلامية.ولكن بعد التأمل في كيفية عمل هاتين البطاقتين، تبين للباحث أنهما تتضمنان مخالفات لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية؛ لأسباب سوف أذكرها خلال البحث.وهذه الورقات :هي بيان لبعض المخالفات الشرعية التي تضمنتها بطاقتا الخير والتيسير الائتمانية، ينتظم عقدها في مبحثين:المبحث الأول: تصوير عمل البطاقتين.المبحث الثاني: المخالفات الشرعية في عمل البطاقتين.علما أني لن أتطرق في هذا البحث إلى بعض المسائل وهي :التورق المصرفي.البيع الفضولي.التوكيل بالبيع والشراء، أي أن يتولى الوكيل **طرفي العقد** .للأسباب التالية:إن العمل الآن على جواز هذه المعاملات، وإن كان يوجد فيها خلاف قوي.لعدم إطالة البحث، والخروج به عن مقصوده .إن مسألة التورق المصرفي مثلا من المسائل الشائكة، ولهذا سوف تبحث في الدورة القادمة لمجمع الفقه التابع لرابطة العالم الإسلامي، فمن الأولى عدم الاستعجال في بحثها؛ لأنه سيصدر فيها قرار من المجمع الفقهي.وأخيرا:فقد بذلت في هذا البحث جهدي

---

(١) بحث عقد الاستصناع، ص/٥

وهو جهد المقل، فما أصبت فيه فمن الله تعالى وله الحمد والثناء، وما أخطأت فيه فمن نفسي وأستغفر الله.وإني لأتوجه بالدعاء إلى الله قيوم السموات والأرض أن يأخذ بأيدينا إلى سواء السبيل، وأن يرينا الحق حقا ويرزقنا اتباعه، وان يرينا الباطل باطلا ويرزقنا اجتنابه، إنه ولي ذلك والقادر عليه.وصلى الله وسلم على خاتم رسله نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين .وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.كتبه / خالد بن إبراهيم الدعيجي٦/٩/١٤٢٤هعنيزة. ص .ب (٤٢٢)البريد الإلكتروني aldoijy@awalnet.net.saلمبحث الأول: تصوير عمل البطاقتين." (١)

"أما البيع : فهو عقد تمليك مال بمال على وجه التراضي،وينعقد بكل لفظ يدل على معنى البيع إذا استوفى الإيجاب والقبول الشرعيين (١) .هذا وقد تعددت تعريفات عقد بيع المرابحة عند الفقهاء، ويمكن أن نستنتج منها أن بيع المرابحة يدور حول مفهوم واحد؛ هو بيع بالثمن الأول وزيادة معلومة **لطرفي العقد** .هذا ما جاء في كتب الفقه المختلفة؛ كبدائع الصنائع وبداية المجتهد وحاشية ابن عابدين، وحاشية الدسوقي،والمغني، ومنتهى الإرادات، وروضة الطالبين، ومغني المحتاج ومواهب الجليل، ومثال ذلك ؛ ما جاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل الذي عرف المرابحة : " بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به، وزيادة ربح معلوم يتفقان عليه "(٢)، وهذا التعريف جاء مثله في معجم لغة الفقهاء .(٣)وقد عرف قانون البنك الإسلامي الأردني بيع المرابحة للآمر بالشراء بما يلي :" قيام المصرف بتنفيذ طلب المتعاقد معه على أساس شراء الأول ما يطلبه الثاني بالنقد الذي يدفعه المصرف كليا أو جزئيا وذلك في مقابل التزام الطالب بشراء ما أمر به، وحسب الربح المتفق عليه عند الابتداء "(٤) .وحسب قول البنك: إنه لا يبيع الراغب في الشراء حتى يملك السلعة ثم يجري عقد البيع، ومن المهم الإشارة إلى أن البنك يشتري ويصبح مالكا للسلعة ويتحمل البنك تبعة هلاكها قبل تسليمها للمشتري .(٥)ثانيا : حكم بيع المرابحة :ـــــــــــــــ(١) راجع كتب الفقه المختلفة : كالمغني لابن قدامة ، والأم للشافعي ، وبدائع الصنائع للكاساني ، ومن الكتب الحديثة المبسطة فقه السنة لسيد سابق.(٢) الزرقاني، ١٧٣/٣.(٣) قلعه جي ،٣٨٩.(٤) البنك الإسلامي الأردني، قانون البنك الأردني، ٢٠.(٥) البنك الإسلامي الأردني ، تجربة البنك الإسلامي الأردني، ١٧..." (٢)

---

(١) المخالفات الشرعية لبطاقتي الخير والتيسير الائتمانية، ص/٢

(٢) المرابحة الداخلية في البتك الإسلامي، ص/٥

"ج- التفاضل المحظور هو زيادة في مقدار أحد البدلين في تلك البيوع الخاصة ، وليس زيادة في قيمة أي من البدلين؛ ويبين ذلك من حديث التمر الذي جعل فيه النبي صلى الله عليه وسلم من ربا الفضل مقايضة كيل من تمر جيد من الجنيب بكيلين من الجمع وهو تمر رديء ، وإن كان سعر الجنيب في الأسواق يساوي مثلي سعر التمر مما لا يذر زيادة في قيمة أي من البدلين ، كالتي يقوم بها الربا في الدين ، وحيث يوجد فرق يعتد به بين قيمة البدلين ، فان السبيل لتلافي الغبن في مبادلتهما ، يكون ، كما أشارت به السنة في حديث التمر الذي تقدم ، بالعدول عن مقايضتهما مقايضة مباشرة تخضع لربا الفضل ، إلى بيع كل من البدلين بالنقود ، ويشتري كل من البائعين ما يحتاجه من الصنف الذي يريد .وإذ فرض الشرع إهدار التفاوت في قيم البدلين المتماثلين جنسا ، إذا تمت مبادلتهما عن طريق الصرف أو المقايضة ، فإن هذا الطريق يوصد في البيوع التي لا يجوز فيها الغبن رعاية لحقوق العباد ، التي لا يستوي فيها جيد المال ورديئه ، فلا يجوز للوصي أن يبيع قفيز حنطة جيدة من مال اليتيم بقفيز رديء ، ويتعين على الوصي البيع بالنقد أو بشيء خلاف جنس الحنطة مراعاة لحق اليتيم وحق الشرع (١) . وفي قول الله تعالى في حفظ أموال اليتامى : ﴿ ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ﴾ (٢) نهي للأوصياء عن مثل تلك المقايضة التي يحيق الغبن فيها باليتيم .ويكون ربا الفضل بعيدا عن تحقيق التعادل بين المالين المتبادلين بما يمنع الغبن في العقد ، خلافا لما قال به بعض الفقهاء واعتنقه المستشرقون وفريق من رجال القانون (٣) .كما لم يشرع هذا الربا ليسد ذريعة إلى ربا (٤)_____________(١) وكذلك مال الوقف ومال المريض مرض الموت. وإذا انكسر المصوغ المرهون عند المرتهن فيضمن بقيمته من غير جنسه لمراعاة حق العبد، ولكن على وجه لا يبطل حق الشرع. حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٢٠٢ و٢٠٣(٢) سورة النساء الآية ٢(٣) بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص١١٥، وريمون شارل، المرجع السابق ص٨٦، والوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق السنهوري ١٩٦٤، ج١ ص٣٧٦ن ٢٠٢(٤) إعلام الموقعين عن رب العالمين للإمام ابن قيم الجوزية ج١ ص٢٠٠-٢٠٤، وزكي بدوي، ص١٣٠-١٣٤.القرض الذي لا يقف التماثل فيه عند تساوي المقادير ، بل يشمل جودة المال ومقداره جميعا .د- ولا ينتفي ربا الفضل إلا بتحقيق المتعاقدين من تساوي البدلين وزنا ، إن كانا من النقدين ، أو كيلا ، إن كانا من مواد الطعام ، فإن وجدت زيادة ، أو احتمل وجودها ، لعدم وزن أحد البدلين أو كليهما ، كان ربا فضل ، يستوي في أمره صاحب البدل الأكبر الذي زاد ومن قدم البدل الأصغر الذي ازداد ، فكل منهما كما جاء بالنص ، قد أربى ، ولا يجوز لمن زاد إبراء صاحبه من الزيادة ، لأن الحظر هو لمحض حق الله تعالى ، يكفل به مصالح الجماعة ، وليس

الحظر متعلقا بشيء من حق المتعاقد .كما لا يلتزم من أخذ زيادة الوزن أو الكيل أن يردها ، ويصح الصرف أو المقايضة ، خلافا للقرض إن اشترط فيه الربا ، إذ يبطل شرط الربا لفساده ويبقى القرض صحيحا ، وليس كذلك الصرف والمقايضة الربويان ، فإن فساد العقد في أصل محله ، وليس فيه شرط خارج عنه ، فلا ينتهي الحظر إلا بنقض العاقد ذاته . ثم نجد القرض ، وإن حظر شرط الزيادة فيه أو جر المنفعة منه خلال تأجيله ، لا يحظر على المقترض ، إذا شاء أن يزيد فيما يرده إلى من أقرضه من باب حسن القضاء ، كما جاء الحديث القدسي بفضل الدائن السمح الذي يتجوز عن الموسر بقبول ما فيه نقص يسير من الوفاء ، وفي معجم الفقه الحنبلي أنه يجوز وفاء القرض بخير منه في القدر أو الصفة ، أو بما هو دونه بتراضي طرفي العقد .هـ – وفي ربا الفضل ، بما يفرضه من تساوي المقادير وإهدار التفاوت بين قيم١٥ ، ما يوصد بعضا من أبواب المقايضة ، وهي وسيلة بدائية للتداول ، ويفتح بها أبوابا من البيع بالنقود ، وهي أضبط في تقويم الأشياء وأخفها حملا وأيسرها ادخارا ، وفي فرض البيع بها تكثير التجار وازدهار الأسواق ، بما يدفع التداول في اقتصاد الأمة الإسلامية على طريق التقدم . أما ربا الدين فيدور في صعيد الائتمان ، الذي لا يتصل ببيع يعقد أو تجارة حاضرة تدار ، وتختلف لذلك حكمة حظره عن الحكمة في حظر التفاضل في تلك البيوع .الفرق بين ربا الدين والنسيئةوكذلك يختلف ربا النسيئة ، أو ما يسمى ربا النساء أو ربا اليد ، عن ربا الدين . فربا النسيئة حظرت به السنة التأجيل في بعض البيوع الخاصة ، أو التأخير في تنفيذها ، فيجب لصحة العقد أن يكون كل من البدلين فيه حاضرا ، وتسليمها ناجزا ، ولا يجوز أن يدخل الائتمان في تلك العقود ، في جانب أحد من المتعاقدين ، أو كليهما . ونجد لهذا الربا الخصائص الآتية: ١– يسري ربا النسيئة حيث يطبق ربا الفضل دائما ، ففي بيع الذهب بالذهب ، كما تحرم الزيادة في وزن أحد البدلين ، يحرم أن يكون أحدهما غائبا عن مجلس العقد ، وكذلك في مقايضة التمر بالتمر ، لا يصح العقد ، إذا اشترط تأجيل أحد البدلين ، أو لم يتم أداؤه في مجلس التعاقد .ويتسع ربا النسيئة عن ربا الفضل ، فيطبق على صرف الذهب بالفضة ، وعلى مقايضة القمح بالتمر ، ويجب تسليم البدلين عند التعاقد ، ما داما من مجموعة واحدة من مجموعتي الأصناف الربوية ، وهما النقدان والمطعومات ، فلا ينطبق ربا النسيئة على بيع قمح آجل بفضة معجلة ، بينما يحظر بيع مصوغات الذهب نسيئة ولو بثمن من فضة .ت– ربا النسيئة ، فيما حظر من تأجيل أنواع من الصرف والمقايضة ، هو استثناء مما أباحته الشريعة الغراء من التجارة المؤجلة والقروض ، وبينت أحكام توثيقها بالكتابة والشهادة أطول آية في القرآن ، في سورة البقرة ، (رقم ٢٨٢) ، التي استهلت بقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه

وليكتب بينكم كاتب بالعدل ﴾ (١) وفرضت الآية ٢٨٣ من بعدها أداء الدين المؤجل ، وإن لم يوثق بكتابة ولا برهن ، وألزمت التقوى في شأنه ، بقوله تعالى : ﴿ فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته وليتق الله ربه ﴾ (٢) وقد فرق الإسلام بين القرض ، حيث يتأجل الدين رفقا بالمدين وتصدقا بمنفعته عليه ، والبيع المؤجل ، حيث يستثمر التاجر ماله في النسيئة أو السلم ، ويصيب من يحتاج السلعة في بيع النسيئة ، أو رأس المال في السلم ، حاجته العاجلة ، بعوض يؤديه مؤجلا .وانماز القرض ونحوه من الإرفاق بتحريم الربا ، ولم يحظر الإسلام الزيادة في الثمن المؤجل للمبيع نسيئة (٣) كما لم يحرم النقص في الثمن إذ يعجل للمبيع سلما . وقد بين القرآن الكريم اعتراض الذين يأكلون الربا على ما شرع الإسلام من إباحة بيع النسيئة وتحريم الربا ، في قوله تعالى : ﴿ ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (٤) وثم وجه لتأويل الآية بأن هذا القول صادر من المشركين الذين لا يعترفون بمشروعية أصل البيع كما جاء به القرآن (٥) .وكأنهم قالوا : إن البيع والربا متماثلان عقلا ، ولا توجد علة ظاهرة للتفرقة بين ربح التأجيل في كل منهما ، ليحل البيع ويبقى الربا محرما مما يقتضي عندهم أن يحل الربا كما أحل ربح النسيئة .." (١)

"وفي فقرته الرابعة يتناول الكاتب طبيعة أعمال المصارف . ويقول : إنه بعد دراسة مفهوم الربا في القرآن والسنة وموقف أهل العلم من المصارف ندرس طبيعة أعمال المصارف لنرى هل تقع ضمن الأعمال الربوية التي ورد تحريمها في القرآن تحريما قطعيا لا شك فيه أم أنها تختلف عنها تمام الاختلاف ، وبالتالي ينظر إليها ضمن حدود القواعد العامة للشريعة ، وبالتالي عدم الحجر على العباد فيما لا بد منه ويخلص إلى هذه النتيجة : إن طبيعة أعمال المصارف تختلف عن الربا المحرم في القرآن على النحو التالي : أولا : لأن الدائن في المعاملات المصرفية هو دائما من المالكين لرأس المال غير أنه يملك سيولة صغيرة لا يستطيع استثماره ، أما المدين فهو دائما من كبار المالكين لرأس المال غير أنه لا يملك أية سيولة لتسيير أعماله الكبرى ، أي أن الذي يحتاج للآخر في تلك المعاملة هم دائما الأغنياء الكبار الذين يمدون أيديهم لوفر المالكين الصغار دون العكس ، ويترتب على ذلك أن هؤلاء المدينين لا تحل لهم الصدقة فيما لو طلبنا إلى هؤلاء أن يتوبوا ويتصدقوا برؤوس أموالهم على المدينين الأغنياء ، عملا بقوله تعالى : ﴿ وأن تصدقوا خير لكم ﴾ (١) ، وهذا هو أول ما يميز أعمال المصارف عن الربا المحرم في القرآن الكريم ؛ حيث إن المدين يحتاج للصدقة عكس المدين في المعاملات المصرفية . هذا ما قاله الأخ الكاتب تعمدت

---

(١) المفصل في أحكام الربا، ١٦٧/٢

نقله نقلا شبه حرفي حتى تكون مناقشته حضوريا .وأعتقد أن ما يريد أن يقوله الكاتب في هذه الفقرة من الوضوح بحيث لا يحتاج إلى توضيح ، لكن ترد عليه الأمور التالية دائما ما يركز على أنه في تلك المعاملة الدائن دائما أقل غنى من المدين ، لكن_____________(١) سورة البقرة الآية ٢٨٠ كون ذلك دائما فهذا غير صحيح خاصة إذا ما علمنا حقيقة المصارف وأنها في غالبيتها شركات مساهمة قد لا تكون ملكية الفرد فيها ذات شأن ، بالإضافة إلى أن هناك من أصحاب الإيداعات من هم من أصحاب الملايين بل والبلايين . (٢) حسنا أن صرح الكاتب بأن العلاقة المصرفية هي علاقة دائنية ومديونية أي أننا في مجال " الدين " وحيث إن الدين إما من بيع أو إجارة أو قرض إلخ ، وحيث إن المصرف لم يشتر ولم يستأجر شيئا من الدائن فيبقى أن يكون مصدر الدين هو القرض ، وعلى أية حال فنحن في مجال الدين ، وقد أجمع العلماء على أن الزيادة المشترطة في عقد الدين هي من الربا القطعي التحريم " بتعبير الكاتب " لأنها صورة من صور ربا الجاهلية . (٣) علينا أن نلاحظ أن المدين إذا أعسر فقد صار مركزه المالي سيئا جدا ، بحيث لم يعد يستطيع سداد ما عليه بغض النظر عما كان عليه في الماضي ، وفي تلك الحالة تجوز عليه الصدقة من الدائن أو غيره ، وهب أن مصرفا قد أفلس وهب أن أعماله مشروعة فما المانع في تلك الحالة من التصدق على مالكيه . (٤) يضاف إلى ذلك أنه كما هو معروف في العقود ، فإن لكل عقد أركانه وطالما استوفى العقد تلك الأركان دخل في نطاق العنوان المتعارف عليه ، فهناك دائن وهناك مدين وهناك دين إذن عقد الدين استكمل مقدماته ، ولا أثر بعد ذلك فيما لو كان الدائن أغنى أو أقل غنى من المدين ، وهكذا نصل إلى أنه ليس كل مدين محتاجا للصدقة ، وكل مدين معسر يحتاج إلى ذلك ، مصرفا كان أو غيره .ثانيا : لأن الدائن في المعاملة المصرفية لا يختص وحده بالمنفعة دون المدين عكس ما حذر منه القرآن الكريم ، كما أنه لا يستغل محتاجا للصدقة ، بل يشترك مع الأغنياء في المنفعة بموجب عقد رضائي تجاري لا استغلال فيه .ومبدئيا نقول إن هذا الكلام كله بفرض التسليم بصحته لا أثر له في الحكم على الإطلاق ، بل المعول عليه هو وقوع زيادة مشترطة منصوص عليها في دين . وهذا قائم وموجود هنا ثم إن عملية التراضي هي الأخرى لا أثر لها في حل أو حرمة ، فكم من عقد تم بتراضي طرفيه ولكنه حرام ومحظور وفاسد وباطل مثل الكثير من البيوع وغيرها . وكون المنفعة مشتركة هي الأخرى لا أثر لها ، فكم من عقود نجد منفعتها مشتركة لكنها محرمة مثل الزنا والكثير من البيوع والإجارات إلخ ، كما أن قوله لا استغلال فيه غير مسلم به فالاستغلال قائم وموجود حتى ولو كان من قبل المدين . إن عملية الظلم مرفوضة من دائن أو مدين ، من غني لفقير أو من فقير لغني . ولقد اعترف الخبراء باستغلالية المصرف

لكل من الطرفين ، المودع " الدائن " والمقترض " المدين " . ووصف الكاتب العقد بكونه تجاريا قاصدا بذلك أننا في عمليات بيع وتجارة وليس في عمليات إقراض اقتراض كما هو الحال في الربا في القرآن الكريم . لكن يرد عليه بأنه بنفسه اعترف أكثر من مرة بأننا هنا أمام دين ودائن ومدين ، بل لقد صرح أكثر من مرة بالقرض ، يضاف إلى ذلك أن كون المصرف أو حتى الطرفين ق د حولا القرض إلى صورة تجارة ، وهذا هو الواقع فنحن نعلم أن المصرف يعرف بأنه تاجر ائتمان أي أن يتاجر في عمليات الإقراض والاقتراض ، وبالطبع فإن عملية التجارة هذه لا تخرج الأمر عن طابعه وطبيعته وهو " القرض " وعلينا أن ندرك أن ربا الجاهلية في الكثير من صوره كان لأغراض تجارية .ثالثا : كرر الكاتب هنا ما قاله في " ثانيا " ومن ثم فلن نعيد الرد عليه اللهم إلا تركيزه على قصد الاتجار هنا وليس القرض لحاجة وأن ذلك من قسم البيع . ونقول للأخ الكريم طالما أنه يصر على ترديد ذلك وكأنهعنصر جديد ومؤثر في العملية . من تعنى بمن يقصد الاتجار من **طرفي العقد** إن كان المدين فهذا لا أثر له . ومن الذي قال إن القرض كان في الجاهلية أو في صدر الإسلام أو في أي عصر أو في عصرنا هذا إنما يكون بقصد الاستهلاك فحسب من قبل المدين أو المقترض ؟ وإن كان الكامن لذلك هو الدائن " المقرض " بأن يستخدم إق راضه أو دائنيته لغيره لإدرار العوائد والفوائد متخذا من ذلك نشاطا تجاريا ، فيقول الإسلام له إن ذلك منك حرام مهما كانت نوعية المقترض أو المدين ، وإذا أردت توظيف مالك توظيفا اقتصاديا فالباب أمامك مفتوح على مصراعيه للولوج منه ، أما أن تترك الباب المشروع لتوظيف الأموال ؛ شركة ، مضاربة ، إلخ بقوانينها وضوابطها ثم تلج من باب القرض ذي الطبيعة الخاصة والقانون المميز مستخدما له استخدام مجال التوظيف الاقتصادي فهذا هو الحرام بعينه . وهذا فإن قصد الاتجار لا يحيل الحرام حلالا طالما نستخدم نفس الأدوات التي لا يجوز أن تستخدم في الاتجار ، وإلا فما أيسر أن تقتصر التجارة في أعمال كثيرة محظورة ، فهل يحيلها هذا القصد المجرد إلى حلال مباح ؟ ؟ إننا نرى اليوم عشرات الأعمال المحظورة والمحرمة أصبحت محلا للتجارة بل وللصناعة – وكلاهما نشاط اقتصادي مشروع – مثل التجارة في الفوائد الدائنة والمدينة " الأعماق المصرفية " ، الزنا وأعمال العهر ، المخدرات ، الملاهي والقمار . . إلخ وادعاء الكاتب بعدم وجود ضرر في تلك المعاملة غير صحيح ، فماذا عن المجتمع ، وماذا عن المديونية التي تجثم على صدر العديد من الدول الإسلامية ومعظمها مصدره الافتراض بفائدة ؟ وماذا عن الآثار الضارة للفائدة على الإنتاج

وهيكله ومستواه ، والتوزيع والعمالة ، والاستقرار الاقتصادي مما هو مدون في أمهات كتب الاقتصاد الوضعي ؟ ؟ أليست هذه كلها أضرارا !!!." (١)

"فمن باع سيارة أو دابة، أو أي نقود رائجة كالنقود الورقية المتداولة الآن في كل بلد،بثمن مؤجل إلى ستة اشهر أو سنة مثلا، جاز البيع .فبيع التقسيط أو البيع لأجل بثمن أكثر من ثمن النقد أو الحال،لايدخل في معنى حديث البيعتين في بيعة لسببين(٢٨).الأول؛وحدة العقد:إن بيع الأجل أو المقسط هو عقد واحد وبيع واحد، وثمن واحد،اتفق عليه البائع والمشتري بصفة حاسمة،ولم يوجد بينهما عقدان،كل مافي الأمر وجد عرض من البائع لنوعين من البيع،فإذا تم العقد ولابد من أن يتم على نحو واحد وهو بيع التقسيط،صح البيع ولا إشكال، فلا يكون ذلك داخلا في نطاق النهي عن بيعتين في بيعة،فهذا في حال قبول المشتري على الإبهام من غير تحديد ثمن بيعه.الثاني؛ انتفاء الجهالة:إن جهالة الثمن في بيع التقسيط أو لأجل غير موجودة، فانه يتم بثمن محدد مقطوع لا يزيد مع مرور الزمن، وينعقد البيع حينئذ على ثمن معلوم واحد، يتراضى عليه البائع والمشتري، ولا أشكال أيضا.ومن التطبيقات على ذلك:ــ من اشترى ثلاجة أو مذياعا أو أي متاع آخر، بسعر مؤجل كله أو بعضه لأجل في المستقبل، أو مقسط بأقساط شهرية أو سنوية معينة، جاز الشراء والبيع، ولو كان الثمن مقسط أو المؤجل أكثر من النقد.ــ الموظف أو العامل أو غيرهما الذي يشتري حوائجه من البقال أو السمان أو الجزار من سكر وزيت وصابون ونحو ذلك، على حساب الشهر، أي انه يشتري ذلك، ولايدفع الثمن إلا في أخر الشهر عند قبضه راتبه، يعتبر شراؤه صحيح.فبذلك أعطى الباحث بيان واضح لمعنى بيع التقسيط وكيف يراه العلماء كوجه من أوجه الاختلاف عن بيعتين في بيعة وهو مضمون حديثنا هنا وانه شيء صحيح في التعامل لا غبار عليه ولاتنتفيه الجهالة أو عدم استقرارية الثمن وان بيع التقسيط هو صورة من البيع التي يأخذ نمط واحد بدون ترك المجلس على اختيارين بلا تحديد.العلل التي تناولها الحديثاولا: الجهالة في السعر (بالنسبة للمثمن) :إن حقيقة الأمر؛ إن السعر الذي ينطلق على البيعين في وقت واحد وفي الزمن الواحد لا يوضح ماهية التحديد بشكل بيني ومتوافق مع طلب السعرين، فهنا عندما يذكر السعران في آن واحد سيكون المشتري في وضع التائه الذي لا يعرف ضالته أين في سعر النقد أم الأجل أم كلتا الحالتين، وبذلك لا يتحقق الغرض المفاد من عملية البيع وهو تحديد سعر ثابت من دون غموض أو جهالة.ثانيا: عدم الاستقرار في البيع:إن حالة عدم الاستقرار التي ستحصل في حالة عدم فهم طريقة البيع ستولد مشكلة بين العاقدان وهما (البائع والمشتري)، وذلك لعدم

---

(١) المفصل في أحكام الربا، ٢/٢٢٤

وقوع الاثنين على سعر مستقر لا يتغير،وسيكون هناك تلاعب بالكلام ينشأ مستقبلا بين **طرفي العقد** عند حالة البيع، فالوضع الغير الثابت والغير الواضح الذي تولد نتيجة عدم تحقيق مجلس عقد يجمع كل مقومات العقد السليم سيوصل في نهاية الأمر إلى حالة غبن لأحد الطرفين أو يثير تخاصم مستقبلا في أثناء طلب المشتري للسلعة التي اتفق عليها مع البائع.ثالثا: وسيلة بيع تؤول إلى الربا: وهذا ماتكلم عنه البحث في الرواية الثانية التي تعتبر البيع طريقة احتيال لمعاملة ربوية تأخذ مسمى البيع وهذا كان واضحا في موضوع (بيع العينة)، وكيف إن السبيل لإعطاء قرض ربوي يكون في طريقة إنشاء ما يسمى ببيع صوري بين اثنين، ولكن في حقيقته هو أحد أساليب الربا وصورة من صوره، فعند بيع بضاعة أو سلعة معينة بسعر معين إلى أجل معين، ثم يطلب صاحب السلعة المشتراة أن ترد نفس السلعة إلى البائع وبسعر نقدي يدفع بالحال ولكن بأقل من ثمن الشراء، على أن يعود في الوقت والأجل المحدد ليدفع ما اتفقا عليه في حالة البيع الأول، ويكون الفرق بين البيعتين هو ربا محرم (منفعة بدون مقابل)، كذلك الربا موجود في حالة (بيع الدين بالدين)،وهو عندما يحل أجل البيع الأول، فيطلب المشتري تأجيل المبلغ إلى فترة أخرى لقلة الحال أو ضعف الإمكانية، يقابله زيادة في المبلغ المدفوع لأجل التأجيل،وذلك من خلال عملية بيع ثانية تحصل فيما بينهم تتضمن الزيادة المطلوبة وهو من البيع المحرم ويعتبر من ربا الجاهلية. أ.ه

قائمة المصادر والمراجع١. ابن رشد محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ،تحقيق :طه عبد الرؤوف سعد ،دار الجيل بيروت،ط/٢٠٠٤م٢. أبو جيب سعدي، القاموس الفقهي، دار الفكر،دمشق ،٢٠٠٣م٣. بدائع الصنائع، علاء الدين الكاساني، دار إحياء التراث العربي،بيروت،ط١٩٩٨،٢م٤. الجامع الصحيح سنن الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا ت.٥. رد المحتار على الدر المختار: للشيخ محمد أمين عابدين،تحقيق:عادل أحمد عبد الموجود،وعلي معوض، دار عالم الكتب،الرياض،طبعة خاصة ٢٠٠٣م٦. السنة، محمد بن نصر بن الحجاج المروزي أبو عبد الله، تحقيق : سالم أحمد السلفي، مؤسسة الكتب الثقافية،بيروت،ط١، ١٤٠٨ه .٧. سنن ابن ماجة، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت،بلا ت.٨. سنن أبي داؤد، سليمان بن الأشعث أبو داؤد السجستاني الأسدي، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بلا ت.٩. سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة،١٤١٤هـ-١٩٩٣.١٠. سنن الدار القطني، علي بن عمر أبو الحسن الدار قطني البغدادي، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني

المدني، دار المعرفة، بيروت، ط ١٣٨٦ .١١. سنن النسائي الكبرى، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، تحقيق : د.عبد الغفار سليمان البنداري وسيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت،ط١، ١٤١١هـ-١٢.١٩٩٠. شرح بلوغ المرام من أحاديث الأحكام، الإمام احمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تحرير:نور الدين عتر، دار الفرفور، دمشق، ط٧، ١٤٢١هـ-١٣.٢٠٠٠. شرح معاني الآثار، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة أبو جعفر الطحاوي، تحقيق : محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية،بيروت، ط١، ١٣٩٩هـ .١٤. صحيح ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي،تحقيق:شعيب الأرنؤوط،مؤسسة الرسالة،بيروت ، ١٤١٤هـ-١٥.١٩٩٣. العين، الخليل بن احمد الفراهيدي، تحقيق : مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، بلا ت.١٦. فتح القدير، محمد بن علي الشوكاني، دار الفكر، بيروت، بلا ت.١٧. كشاف القناع، منصور بن إدريس البهوتي، ، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر ، بيروت، ط١٤٠٢هـ .١٨. المجموع شرح المهذب :للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي،تحقيق،محمد نجيب المطيعي،دار إحياء التراث العربي،ط/١٩٩٥م١٩. المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري،تحقق: مصطفى عبد القادر عطا،دار الكتب، بيروت، ط١، ١٤١١هـ-٢٠.١٩٩٠. مسند الإمام احمد، أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، مؤسسة قرطبة، القاهرة، بلا ت.٢١. مصنف عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٣هـ .٢٢. المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، تحقيق:كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٠٩هـ .٢٣. معالم السنن ومعه تعليق ابن القيم/ مقتبس من شرح بلوغ المرام من أحاديث لابن حجر العسقلاني، تحرير نور الدين عتر ،١٤٢١هـ .." (١)

"وهذه المقامرة ليست من التجارة التي تباح بالتراضي ، بل هي من الميسر الذي حرمه الله ، لما فيه من أكل المال بالباطل ، ولما فيه من إيقاع الشحناء والعداوة بين الناس ، كما قال الله سبحانه : ((يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون* إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون)) .والله المسئول أن يوفقنا وجميع المسلمين لما فيه رضاه وصلاح أمر عباده ، وأن يعيذنا

(١) المفصل في أحكام الربا، ٩١/٣

جميعا من كل عمل يخالف شرعه ، إنه جواد كريم ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه .عبد العزيز بن عبد الله بن بازالرئيس العام لإدارات البحوث العلمية ، والإفتاء والدعوة والإرشاد***حكم الجوائز التي تقدمها بعض البنوك قرعة بين من يفتح لديها حسابا : الفتوى رقم ١٨٥٢٨ ج١٥/١٩٦-١٩٧ .ال سؤال : بعض البنوك التجارية بدول الخليج تقوم بوضع جوائز ، مثل : سيارات ، أو بيوت جاهزة لمن يفتح في البنك حساب توفير لحفظ أمواله ، وتعمل قرعة بين زبائن البنك ، ثم يفوز بالجائزة أحد الزبائن ، فما حكم هذه الجائزة ، سواء كانت عينية أو مادية ؟ .الجواب : إذا كان الأمر كما ذكر ، فإن هذه الجوائز غير جائزة ، لأنها فوائد ربوية مقابل إيداع الأموال في البنوك الربوية ، وتغيير الأسماء لا يغير الحقائق .وبالله التوفيق ، وصلى الله على نبينا محمد وصحه وسلم .اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاءعضو عضو عضو نائب الرئيس الرئيسبكر أبو زيد صالح الفوزان عبدالله بن غديان عبدالعزيز آل الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز***شراء العلب الغذائية التي بداخلها جوائز نقدية : الفتوى رقم ٢٠٦٥٦ في ١٤١٩/١١/٦هـ .السؤال : ذهبت إلى إحدى البقالات قبل أيام لشراء حليب لأولادي ، فقال لي البائع : عندنا نوع من الحليب بداخله جوائز نقدية عبارة عن ريالات : تبدأ من ريال إلى ٥٠٠ ريال ، فاشتريت أربع علب طمعا في المال ، فوجدت في اثنتين منها : ريالا في كل علبة ، وفي الثالثة : عشرة ريالات ، وفي الرابعة : خمسمائة ريال ، فهل تحل لي هذه المبالغ ، وإذا لم يكن ذلك فماذا علي أن أفعل بها ؟ وإذا كان ذلك حراما فلماذا لا تمنع حتى لا يقع الناس في الحرام ؟ أرشدونا جزاكم الله خيرا .الجواب : إن الأصل عدم جواز وضع نقود أو هدايا داخل المعلبات والبضائع التي تباع لما في ذلك من التغرير بالناس وجلب أكبر قدر ممكن من الزبائن ، وصرف الناس عن بضائع الناس التي لا يوجد فيها مثل ذلك ، وشراء علب الحليب المشتملة على نقود بداخلها يتفاوت قدرها من علبة إلى أخرى لأجل ما بها من نقود لا يجوز شرعا ، بل هو من الميسر الذي حرمه الله لما فيه من الغرر والجهالة ، ولدخول ذلك في الربا ، لأن حقيقته اس ترداد بعض ماله أو أكثر منه ، وذلك ربا يحرم التعامل به ، لأن الجهل بالتساوي كالعمل بالتفاضل ، وعلى ذلك لا يجوز لك أخذ هذه المبالغ التي وجدتها داخل الحليب ، وعليك أن ترجعها لأصحابها الموردين للحليب إن تيسر لك ذلك ، وإلا فتخلص منها بالتصدق بها على الفقراء والمساكين .وبالله التوفيق ، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم .اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاءعضو عضو نائب الرئيس الرئيسصالح الفوزان عبدالله بن غديان عبدالعزيز آل الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز***مسابقات الصحف : الفتوى رقم ١٨١٧٢ في ١٤١٦/١٠/١٥ هـ .السؤال : ما حكم شراء الصحف بغرض الفوز

بالمسابقة التي تطرح فيها مقابل مبلغ من المال لمن يحالفه الحظ ، علما بأن المسابقة عبارة عن أسئلة ثقافية عامة ، ويتخللها بعض الأسئلة الدينية ؟ .الجواب : هذه المسابقات التي تنشر في بعض الصحف الغرض منها ترويج الصحف والدعاية لها ، وليس القصد منها نشر العلم ، فلا تجوز المشاركة فيها ، لأن ذلك من أكل المال بالباطل لما فيها من المغامرة ، وقد تكون هذه الصحف أو المجلات التي تعمل المسابقات تحمل أفكارا سيئة تريد ترويجها ونشرها ، فيجب الحذر منها ، وعدم الاشتراك فيها .وبالله التوفيق ، وصلى الله على نبينا محمد وصحبه وسلم .اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاءعضو عضو عضو نائب الرئيس الرئيسبكر أبو زيد صالح الفوزان عبدالله بن غديان عبدالعزيز آل الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز***قرار مجمع الفقه الإسلامي حول سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة) : مجلة البحوث ج ٥٢/٣٦٧- ٣٧٧ .الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ، سيدنا ونبينا محمد ، وآله وصحبه ، وسلم تسليما كثيرا ، وبعد :فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي قد نظر موضوع سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة) وما يعقد فيها من عقود بيعا وشراء على العملات الورقية وأسهم الشركات ، وسندات القروض التجارية والحكومية[٥٩]، والبضائع ، وما كان من هذه العقود على معجل ، وما كان منها على مؤجل ، كما اطلع مجلس المجمع على الجوانب الإيجابية المفيدة لهذه السوق في نظر الاقتصاديين والمتعاملين فيها ، وعلى الجوانب السلبية الضارة فيها .(أ) فأما الجوانب الإيجابية المفيدة فهي :أولا : أنها تقيم سوقا دائمة تسهل تلاقي البائعين والمشترين ، وتعقد فيها العقود العاجلة والآجلة على الأسهم والسندات والبضائع .ثانيا : أنها تسهل عملية تمويل المؤسسات الصناعية والتجارية والحكومية عن طريق طرح الأسهم وسندات القروض للبيع .ثالثا : أنها تسهل بيع الأسهم وسندات القروض للغير، والانتفاع بقيمتها، لأن الشركات المصدرة لها لا تصفي قيمتها لأصحابها .رابعا : أنها تسهل معرفة ميزان أسعار الأسهم وسندات القروض والبضائع ، وتموجاتها في ميدان التعامل عن طريق حركة العرض والطلب .(ب) وأما الجوانب الضارة في هذه السوق فهي :أولا : أن العقود الآجلة التي تجري في هذه السوق ليست في معظمها بيعا حقيقيا ، ولا شراء حقيقيا ، لأنها لا يجري فيها التقابض بين **طرفي العقد** فيما يشترط له التقابض في العرضين أو أحدهما شرعا .ثانيا : أن البائع فيها غالبا يبيع ما لا يملك من عملات وأسهم أو سندات قروض أو بضائع على أمل شرائه من السوق وتسليمه في الموعد ، دون أن يقبض الثمن عند العقد ، كما هو الشرط في السلم .ثالثا : أن المشتري فيها غالبا يبيع ما اشتراه لآخر قبل قبضه ، والآخر يبيعه أيضا لآخر قبل قبضه ، وهكذا يتكرر البيع والشراء على الشيء ذاته قبل قبضه ، إلى أن تنتهي الصفقة إلى

المشتري الأخير الذي قد يريد أن يتسلم المبيع من البائع الأول الذي يكون قد باع ما لا يملك ، أو أن يحاسبه على فرق السعر في موعد التنفيذ ، وهو يوم التصفية ، بينما يقتصر دور المشترين والبائعين غير الأول والأخير على قبض فرق السعر في حالة الربح ، أو دفعه في حالة الخسارة ، في الموعد المذكور ، كما يجري بين المقامرين تماما .." (١)

"٦. أن عامة الشركات المساهمة لا تخلو موجوداتها من نقود أو ديون ذات قيمة مؤثرة ، ويتم تداول أسهمها دون مراعاة لضوابط الصرف أو بيع الدين ، والقول بإعطاء الحكم للأغلب من موجودات الشركة لا دليل عليه بل إن النصوص الشرعية تدل على أن المبيع إذا اشتمل على نقد مقصود وبيع بنقد فيأخذ حكم الصرف وإن لم يكن النقد غالبا وكذلك في سائر الأموال الربوية ، فمن يشتري حليا ثلثه ذهب وثلثاه ألماس فإنه يجب قبض ثمنه قبل التفرق مراعاة للذهب الذي فيه مع أنه الأقل ، ونصوص الفقهاء التي أشرنا إليها في مسألة "مد عجوة ودرهم " وفي مسألة " التخارج " تدل على ذلك ، قال في الهداية : ((وإذا كانت التركة بين الورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض ، جاز قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيرا .. وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا أو كان ذهبا فأعطوه فضة فهو كذلك .. فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لأنه صرف .وإن كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكونما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربا ، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لأنه صرف في هذا القدر.وإن كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم ، فالصلح باطل ، لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه ، وهو حصة المصالح ، وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم نصيب المصالح ، فالصلح جائز)) (٧٦).٧. ولأن الكثير من المساهمين لا يعلم حقيقة ما يمثله السهم من موجودات في الشركة ، بل لربما لا يعرف موجودات الشركة أصلا أو نشاطها ، ومن الشروط المتفق عليها لصحة البيع : العلم بالمبيع ، وإذا قلنا : إن المبيع هو حصته من الموجودات فيلزمه العلم -ولو إجمالا- بتلك الموجودات ، وهو ما لايقع ، لأن نظر المساهم إلى أمرين فقط هما : القيمة السوقية ، والأرباح الدورية .ومن باب الاستطلاع فقد قمت بسؤال عدد من المستثمرين في شركتي "اللجين"و "أميانتيت " عن نوعية نشاط تينك الشركتين ، فكانت الإجابة بعدم العلم ، فعرفت أن الكثير من المساهمين إنما يستقي معلوماته عن نشاط الشركة من اسمها فقط ، وأن غاية ما يبذله في

(١) المفصل في أحكام الربا، ٥٧/٤

التحري أن يسأل أهل العلم عن حكم المساهمة في تلك الشركة دون دراية بما فيها من النقد وما عليها من المديونيات وما لها من الأصول وغير ذلك.٨. ومن لازم هذا القول تحريم تداول أسهم البنوك الإسلامية بقيمتها السوقية لأن الغالب في موجودات تلك البنوك أنها نقود أو ديون في ذمم المتمولين ، ومع ذلك فعامة الهيئات الشرعية لتلك البنوك على الجواز .ثالثا–وعلى فرض التسليم بصحة التكييف الثاني لبيع الأسهم – وهو أن له حكم ما يمثله الـسهم من موجودات – فالذي دل عليه حديث ابن عمر السابق "من باع عبدا له مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع" أن المبيع إذا اشتمل على نقد واشتري بنقد من جنسه ، ولم يكن النقد المخلوط مقصودا فلا يلتفت إليه بمعنى أنه لايجري على الصفقة حكم الصرف ، حتى ولو كانت قيمة النقد المخلوط أكثر من قيمة الخلط الذي معه ، قال ابن قدامة –رحمه الله– : "الحديث دل على جواز بيع العبد بماله إذا كان قصد المشتري للعبد لا للمال... فيجوز البيع سواء كان المال معلوما أو مجهولا ، من جنس الثمن أو من غيره ، عينا كان أو دينا ، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر (٧٧).ومن المعلوم أن العبد لا يملك وأن المال الذي بيده مآله للمشتري ، ومع ذلك جاز البيع مطلقا بدون تقابض ولا تماثل حتى مع اتفاق النقدين (المال الذي معه ، والثمن الذي يشترى به العبد) ، وحتى لو كان المال الذي مع العبد أكثر من قيمة الـعبد نفسه .ولا يشكل على هذا الحديث حديث القلادة – المتقدم – فإن الذهب الذي في القلادة مقصود للمشتري بخلاف المال الذي مع العبد .وهذا أحسن ما قيل في الجمع بين الحديثين .ويؤخذ من هذين الحديثين أن العبرة بالقصد لا بقيمة المال الربوي ، فإن كان المال الربوي مقصودا فوجوده في الصفقة مؤثر ، وإن كان تابعا فلا يؤثر ، كما أن هذا التفصيل يتماشى مع القواعد الشرعية : " العبرة في العقود بالمقاصد " و " التابع تابع " وغيرها.وبخصوص الشركة التي نتحدث عنها ، وهي شركة الصحراء ، وغيرها من الشركات الإنتاجية حديثة التأسيس فإن النقد الذي فيها ليس بمقصود لأمرين :الأول : أن المشتري –بشرائه السهم– لا يقصد الحصول على النقد الذي في الشركة ، ولا ينتقي من الشركات ما هو أكثر نقدية ، بل قصده الحصول على الربح الرأسمالي أو الدوري أيا كانت الموجودات .والثاني : لأن المقصود من نشاط الشركة هو الاستثمار في المنتجات البتروكيماوية ، وهي من العروض ، وأما غلبة النقدية في موجوداتها لفترة من الفترات فهي أمر عارض ولا يعد ذلك من نشاطها المقصود.رابعا– وعلى فرض التسليم بأن النقد الذي في الشركة مقصود وأن بيع الأسهم له حكم بيع موجوداتها فإن صورة هذه المعاملة كمسألة " مد عجوة ودرهم " وهي : بيع الربوي بجنسه ومع أحدهما من غير جنسهما ، وكل من الربويين مقصود في العقد ، وبيان ذلك أن الأسهم مؤلفة من :١. النقد ، وهو

بالريالات .٢. والأموال الأخرى من حقوق وأعيان ومنافع .والثمن من الريالات ، فالريالات في **طرفي العقد** مقصودة ، ومع أحد الطرفين مال غير ربوي .والذي ترجح من الخلاف السابق في مسألة " مد عجوة ودرهم" – وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية ورواية عن الإمام أحمد – أن العقد يصح بشرطين :الأول :أن يكون المال الربوي المفرد أكثر من الذي معه غيره .والثاني : ألا يكون الق‍صد من المعاملة التحايل على الربا وذلك بأن يكون ما مع الربوي له قيمة حقيقية ، ولم يؤت به للتحليل.وكلا الشرطين متحقق في بيع هذه الأسهم ، فإنها تباع بقيمتها السوقية وهي أعلى من القيمة الاسمية التي تم الاكتتاب بها ، كما أن الموجودات الأخرى غير النقدية في الشركة ذات قيمة حقيقية ولم يؤت بها حيلة .وقد يرد على هذا التخريج أن الأصول العينية للشركة عند بدء التداول لا تمثل شيئا مقارنة بالنقدية التي فيها .والجواب عن ذلك : أن المقصود بالموجودات الأخرى غير النقدية أعم من أن يكون أعيانا فقط ، فقد تكون أعيانا أو منافع أو حقوقا ، فكل ما يؤثر في القيمة السوقية للسهم — إذا كان له قيمة معتبرة شرعا– فتحمل الزيادة في قيمة السهم على أنها مقابله ، ونظير ذلك ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية وغيره من أهل العلم من جواز بيع المصوغ من الذهب والفضة بجنسه من غير اشتراط التماثل، ويجعل الز ائد في مقابلة الصنعة ، وهي منفعة وليست عينا ،والله أعلم.نسأل الله أن يرينا الحق حقا ويرزقنا اتباعه ، والباطل باطلا ويرزقنا اجتنابه ، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .--(*) الأستاذ المساعد بقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية(١) المصباح المنير ص ٢٣٦ ، المفردات في ألفاظ القرآن الكريم ص ٨١٩ .(٢) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص ٣٣٠ .(٣) الحدود لابن عرفه ص ٥٥٦ .." (١)

"وأيضا ربح التجارة الذي يبيع ويشتري ، الأموال هذه حولها حول أصلها ، مثال على ذلك : صاحب بقالة افتتح البقالة في شهر محرم بخمسين ألف ريال يبيع ويشتري ولما جاء شهر محرم من السنة المقبلة عنده بضائع الآن اشتراها وأصبحت قيمة البقالة تساوي ثمانين ألف فحكم الزيادة هذه بأن حولها حول أصلها . فإذا جاء محرم لا يقول أن هذه البضائع الآن جديدة و لا يقول الربح الذي اكتسبه الآن إنما نقول هذه حولها حول أصلها فيجب عليه أن يزكي الجميع يقدر سعر بيع هذه البقالة تساوي ثمانين ألف والتي اشتراها الآن فيخرج زكاة الجميع .فتلخص لنا القسم الأول وهو ما إذا كان نتاج سائمة أو ربح تجارة هذا

---

(١) المفصل في أحكام الربا، ٨٩/٤

نقول بأن حوله حول أصله .القسم الثاني : أن يكون المال المستفاد ليس نتاج سائمة ولا ربح تجارة ويخالف جنس المال الذي عنده :ولنفرض أن عنده نصاب من الإبل وجاءته أموال مثلا : إرث أو هبة كما لو وهب له شخص عشرة آلاف ريال ، أو جاءه راتب شهري خمسة آلاف ريال أو ورث من أبيه أو جاءته هبة خمسة ألاف وعنده سائمة ، فهذه الأموال التي جاءته لا تضم إلى السائمة بالاتفاق ، السائمة لها حولها وهذه الدراهم التي جاءته لها حول مستقل من حين ملكها .القسم الثالث : أن يكون المال المستفاد ليس ربح تجارة ولا نتاج سائمة ويكون من جنس المال الذي عنده :مثال : رجل عنده عشرة آلاف ريال ثم جاءه مرتب ألف ريال هذه الألف هل يضمها إلى العشرة التي عنده في الحول أو نقول بأن هذه الألف يستأنف لها حولا جديدا ؟ هذا موضع خلاف بين الجمهور وبين الحنفية رحمهم الله :الرأي الأول : مذهب الحنيفية : يقولون مادام أنه من جنسه عنده الآن عشرة آلاف وجاءه ألف والجنس واحد يضمه ويكون هذا المستفاد حوله حول أصله .الرأي الثاني : رأي الجمهور أنه يستأنف له حولا مستقلا.والصواب ما ذهب إليه جمهور العلماء رحمهم الله .إذا فهمنا هذا الخلاف يأتي عندنا الآن ما يتعلق بالرواتب الشهرية الآن هذا الموظف قبض في شهر محرم ألفي ريال راتب وقبض في شهر صفر ألفي ريال وقبض في شهر ربيع ألفي ريالعلى رأي الحنفية يبدأ الحول من أول شهر قبض فيه المال – وهو محرم – لأنه يضمونه بالحول .وعلى رأي الجمهور كل راتب يكون له حول مستقل فراتب محرم تجب فيه الزكاة في محرم وراتب صفر تجب الزكاة فيه في صفر وربيع في ربيع وهكذا فكل مرتب يكون له حول مستقل وهذا فيه مشقة ولهذا أفتت اللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة بأن الأحسن للإنسان أن يحدد وقتا وينظركم تجمع عنده من الرواتب فما حال عليه الحول يكون أدى زكاته في وقته وما لم يحل عليه الحول يكون عجل زكاته وتعجيل الزكاة عند جمهور العلماء أن هذا جائز ولا بأس به خلافا للمالكية.وحينئذ نقول إذا غلب عل الإنسان الحرص كما ذكرت اللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة فعليه أن يجعل جدولا حسابيا وهذا الراتب متى يكون ملكه ومتى يكون يحول عليه الحول والراتب الثاني وهكذا وهذا فيه مشقة وفيه تعب وقد يؤدي إلى نسيان الزكاة وإن غلب عليه نفع المستحقين والاحتياط فنقول هذا يضرب وقتا محددا وينظر إلى الرواتب التي تجمعت عنده ولم يستهلكها فما حال عليه الحول يكون أدى زكاته في حوله وما لم يحل عليه الحول يكون قد عجل زكاته وتعجيل الزكاة عند جمهور العلماء رحمهم الله جائزة خلافا لما ذهب إليه الإمام مالك رحمه الله تعال فإنه لا يرى تعجيل الزكاة إلا في المسألة اليسيرة .المسألة الثالثة : : زكاة مكافأة نهاية الخدمةوتحتها مسائل :المسألة الأولى: تعريف مكافأة نهاية الخدمة:مكافأة نهاية الخدمة: هي حق مالي

أوجبه ولي الأمر بشروط محددة على رب العمل لصالح الموظف عند انتهاء خدمته .والموظف كما أشرنا سواء كان موظفا ضمن مؤسسات الدولة أو ضمن الشركات الأخرى فإنه يستحق هذا الحق المالي عند تركه للعمل سواء كان سبب الترك هي الاستقالة أو التقاعد أو الوفاة .المسألة الثانية: خصائص هذه المكافأة وسماتها :الأنظمة المنظمة لهذه المكافأة جعلت لها سمات وخصائص :السمة الأولى: أن هذه المكافأة أمر واجب فرضه ولي الأمر على رب العمل لصالح الموظف ولا يخضع في فرضه ولا صفته إلى إرادة **طرفي العقد** أي هذا أمر واجب جعله ولي الأمر على هذه المؤسسة التي يتبع لها الموظف لصالح الموظف ، فإذا أنهى الموظف خدمته فإن هذه المؤسسة أو الشركة يجب أن تدفع لهذا الموظف كذا وكذا من المال .السمة الثانية :أن مقدار مكافأة نهاية الخدمة يتحدد بناء عل سبب انتهاء خدمته ومدة الخدمة ومقدار الراتب الأخير له أثر في كثرة هذه المكافأة أو قلتها .السمة الثالثة:وهذه مهمة جدا ولها أثر في زكاة هذه المكافأة أن وقت استحقاق الموظف للمكافأة عند نهاية خدمته فلا يحق له أن يطالب بها قبل انتهاء خدمته كما أنه أيضا لا يجوز له أن يتنازل عنها .السمة الرابعة : أن هذه المكافأة يستحقها الموظف إذا انتهت خدمته أثناء حياته أما إذا انتهت خدمته بسبب الوفاة فيستحق المكافأة من يعولهم هذا الموظف دون التقيد بقواعد الإرث الشرعية بمعنى أن الذين لا يعولهم الموظف لا يستحقون شيئا من هذه المكافأة ولو كانوا وارثين . وهذه أيضا لها أثر في بيان كيفية زكاة هذه المكافأة.السمة الخامسة : أن هذه المكافأة يحق لرب العمل أن يحرم منها الموظف في بعض الحالات كما لو ارتكب بعض الأخطاء .المسألة الثالثة : التكييف الشرعي لزكاة مكافأة نهاية الخدمة:اختلف المتأخرون في ذلك على أقوال :القول الأول : أن مكافأة نهاية الخدمة هي أجرة مؤجلة ويعللون ذلك بأن رب العمل سواء كانت مؤسسة حكومية أو كانت شركة أثناء تعاقده مع هذا الموظف يلاحظ قدر هذه المكافأة وكذلك قدر الراتب مما يدل عل أنها أجرة مؤجلة .القول الثاني : أنها تأمين من مخاطر انتهاء العقد يعني أن هذا الموظف عند انتهاء خدمته يحتاج إلى شيء من المال واستدلوا بأن هذه المكافأة فيها خصائص التأمين ففيها مؤمن ومؤمن عليه وقسط التأمين والنتيجة .القول الثالث : بأنها تبرع أو التزام بالتبرع .القول الرابع : أنه حق مالي أوجبته الدولة للموظف واستدلوا على ذلك قالوا : بأن من حق الإمام الأعظم أن ينشئ بعض الحقوق والواجبات على الرعية وللرعية إذا كان هناك مصلحة .وهذا القول الأخير هو الصواب .المسألة الرابعة : مكافأة نهاية الخدمة كيف تكون زكاتهاإذا أنهى الموظف وظيفته بسبب الاستقالة أو بسبب التقاعد أو بسبب الوفاة وأخذ هذه المكافأة من يعولهم الموظف ، فكيف زكاة هذه المكافأة ؟نقول: من خلال ما ذكرنا من خصائص هذه المكافأة

وتكييفها الشرعي تبين لنا أن الموظف يمتلك هذه المكافأة بعد نهاية خدمته وقبضه لهذه المكافأة ، فإذا انتهت خدمته وقبض هذه المكافأة أو قبضها من يعولهم نقول الآن ابتدأ عليها حول الزكاة أما حين القبض فإنه لا زكاة فيها إلا إذا قلنا على الرأي الأول إذا قلنا بأنها أجرة مؤجلة فإذا قبضها يزكيها مباشرة .أما إذا قلنا على الرأي الأخير وهو الذي رجحناه وأنها حق مالي توجبه الدولة للموظف أو أنها التزام بالتبرع نقول على هذين الرأيين بأن الموظف إذا قبض هذه المكافأة بعد نهاية خدمته فإنه يستأنف بها حولا مستقلا فإن استهلكها قبل الحول فلا زكاة فيها وإن حال عليها الحول وهي عنده فإن فيها الزكاة ويرجح هذا القول ويعضده :." (١)

"صورته : أن تكون الأسهم ثابته في الذمة لشخص على آخر وهذا الآخر له أيضا دين على ثالث هي أسهم تتفق مع الأسهم التي في ذمته ، فهنا يمكن لمن عليه الدين (المحيل) أن يحيل من له دينا (المحال) بالأسهم التي له على المحال عليه.- حكم وقف الأسهم :يمكن أن تخرج المسألة على وقف المشاع . وهو جائز .- حكم الوصية بالأسهم :الأسهم من الأموال فهي تمثل ما يستحقه المساهم من موجودات الشركة مع ما تمثله من القيمة السوقية ، بناء على هذا يجوز أن يوصي الإنسان بأسهم يملكها بشرط أن تكون ثلث ماله أو أقل .- رهن الأسهم :يجوز رهن الأسهم ، ويمكن أن يباع ويستوفى منه الدين من قيمته السوقية ، العمل على هذا بين الناس.- ... زكاة الأسهم :يخرج المساهم زكاة أسهمه وفق الطريقة الآتية:إن كان تملك الأسهم بقصد الاستمرار فيها بصفته شريكا للاستفادة من عوائدها فهذا يزكى حسب مال الشركة من حيث الحلول والنصاب والمقدار (فقد تكون شركة زراعية أو تجارية أو صناعية).وإن كان تملك الأسهم بقصد المتاجرة بها بيعا وشراء فهو يزكي زكاة عروض التجارة ، ولا ينظر إلى طبيعة الشركة سواء كانت تجارية أو زراعية أو غيرها.وإذا زكى الأسهم باعتبارها من عروض التجارة فالزكاة تكون بحسب القيمة السوقية لا الحقيقية.* المطالب بإخراج الزكاة أساسا هم المساهمون لا الشركة.* إذا أخرجت الشركة الزكاة فيكتفي بذلك ولا يخرجها المساهم وكذلك العكس لئلا تجب زكاتان في مال واحد.سئل فضيلة الشيخ عبدالعزيز بن باز السؤال التالي : أملك عددا من الأسهم في بعض الشركات السعودية المساهمة ، وأسأل عن كيفية إخراج زكاتها هل هو حسب قيمتها الحالية في السوق أم على الأرباح السنوية لأنني لم أنو بيعها ؟فأجاب رحمه الله :إذا كانت الأسهم للاستثمار لا للبيع فالواجب تزكية أرباحها من النقود إذا حال عليها الحول وبلغت النصاب ، أما إذا كانت الأسهم للبيع فإنها تزكى مع ربحها كلما حال الحول

---

(١) المفصل في أحكام الربا، ١٣٧/٤

على الأصل حسب قيمتها حين تمام الحول ، سواء كانت أرضا أو سيارات أو غيرهما من العروض ، وفق الله الجميع*المسألة الواحدة والعشرون : الإيجار المنتهي بالتمليك :نشأة عقد الإجارة المنتهية بالتمليك وتطوره :نشأ هذا العقد عام ١٨٤٦م في إنجلترا تحت اسم الهاير بيرشاس ، حيث ظهر هذا العقد أول مرة حين قام أحد تجار آلات موسيقية ببيع هذه الآلات مع تقسيط أثمانها إلى عدة أقساط ، بقصد رواج مبيعاته ، ولكي يضمن حصوله على كامل الثمن لم يلجأ إلى الصورة المعتادة لعقد البيع ، وإنما أبرم العقد في صورة إيجار مع حق المستأجر في تملك الآلة باكتمال مدة الإيجار ، والتي معها يكون البائع قد استوفى كامل الثمن المحدد لها.ثم بعد ذلك انتشر هذا العقد وانتقل من الأفراد إلى المصانع ، وكان أول هذه المصانع تطبيقا لهذا العقد هو مصنع سنجر لآلات الحياكة في إنجلترا ، حيث كان يقوم بتسليم منتجاته إلى عملائه في شكل عقد إيجار يتضمن إمكانية تملك الآلات المؤجرة بعد تمام سداد مبلغ معين على عدد من الأقساط ، تمثل في الحقيقة ثمنا لها.ثم انتشر هذا العقد ، وانتشر استعماله – بصفة خاصة – من قبل شركات السكك الحديدية التي تأسست لتمويل شراء مركبات شركات الفحم والمحاجر ، كانت هذه المؤسسات تقوم بشراء المركبات لحسابها ، ثم تسلمها لمناجم الفحم بناء على عقد البيع الإيجاري ؛ لما في هذا العقد من ضمان وحماية لحقوق المؤجر الذي كان له الحق في فسخ العقد واسترداد الأموال المسلمة للمستأجر بمجرد إخلال هذا الأخير بسداد قسط واحد من الأقساط المتفق عليها. ثم ازدادت أهمية هذا العقد بامتداده إلى شركات المقاولات وغيرها.ثم ظهر عقد الليسنج في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٥٣م ، ثم ظهر في فرنسا عام ١٩٦٢م ، وهذا العقد يعتبر ءالة جديدة للإجارة المنتهية بالتمليك ، إلا أنه اتخذ طابعا جديدا يتمثل في تدخل طرف ثالث بين طرفي العقد الأصليين – المؤجر والمستأجر – ، هذا الطرف الثالث هو الذي يقوم بتمويل العقد بشراء أموال معينة هي في العادة تجهيزات ومعدات صناعية وإنشائية ، ثم يقوم بتأجيرها لمن يتعاقد معهما لفترة متفق عليها بينهما ، وتكون هذه الفترة طويلة الأجل نسبيا حتى تتمكن المؤسسة المالية التي تقوم بتمويل المشروع من حصولها على المبالغ التي أنفقتها على التمويل وبنهاية الفترة المتفق عليها يكون للمستأجر المتعاقد مع المؤسسة عدة خيارات وهي :١- ... إعادة السلعة المؤجرة له إلى المؤسسة المالكة.٢- ... تمديد مدة الإيجار لفترة أو فترات أخرى.٣- ... تملك السلعة مقابل ثمن يراعى في تحديده المبالغ التي سبق له أن دفعها كأقساط إيجار.فالجديد في هذه الحالة ، أو في هذا العقد (الليسنج) هو أن المؤجر لا يكون مالكا للأصل أو الأشياء المراد تأجيرها ، وإنما يقوم بشرائها خصيصا لهذا الغرض.بعد ذلك انتقل هذا العقد إلى الدول

الإسلامية من خلال البنوك الإسلامية التي جعلت الإيجار المنتهي بالتمليك جزءا من العمليات الأساسية التي تقوم بها ومن البنوك الإسلامية التي طبقت هذا العقد بنك ماليزيا الإسلامي.وقام بنك مصر إيران للتنمية بالاشتراك مع هيئة التمويل الدولية ، وشركة مانوفاكتشورز ليسنج الأمريكية في تأسيس شركة متخصصة في الإيجار المنتهي بالتمليك في مصر ، وطبق هذا العقد أيضا بيت التمويل الكويتي بدولة الكويت.كما جعل البنك الإسلامي للتنمية عقد الإيجار المنتهي بالتمليك جزءا من العمليات الاستثمارية التي يقوم بها ، حيث قام بتطبيق هذا العقد في عام ١٣٩٧هـ ، ومنذ تطبيق عقد الإيجار المنتهي بالتمليك وحتى عام ١٤١٠هـ استفاد من هذا العقد أكثر من عشرين دولة إسلامية.أما في المملكة العربية السعودية فقد اتجه كثير من البنوك والشركات إلى تطبيق هذا العقد في الوقت الحاضر ، وأقبل عليه كثير من أفراد المجتمع- تكييف المسألة : تعرف المسألة باسم البيع بالتقسيط والاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن ، ثم تطور إلى إيجار مقترن بوعد البيع .وقبل تحقق الشرط من البيع يكون المشتري مالكا للمبيع تحت شرط واقف ولا يمنع من وقف ملكيته أن يكون قد تسلم المبيع ، فالذي انتقل إليه بالتسليم هو حيازة المبيع ، أما الملكية فانتقلت إليه بالبيع موقوفة.* والبيع بالتقسيط لا تنتقل فيه الملكية إلا بعد الوفاء بالأقساط وهي مختلف فيها لوجود شرط غير ملائم للعقد ولأن الأصل في البيع أن يكون باتا .. وفيه ثلاثة أقوال :١- ... القول ببطلان البيع والشرط.٢- ... القول بصحة البيع وبطلان الشرط.٣- ... القول بصحة البيع وصحة الشرط.الفرق بين الإيجار المنتهي بالتمليك وبين التقسيط :الفرق بينهما: البيع بالتقسيط تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري مباشرة، عندما أبيع عليك هذه السيارة بالتقسيط تصبح ملكا لك، وتستطيع أن تبيعها؛ يعني مثلا لو بعت عليك سيارة بخمسين ألفا إلى أجل، واستلمتها مني، ومثلا افترض أنها مقسطة عليك على خمس سنوات، إذا استلمت هذه السيارة تستطيع في اليوم الثاني أن تبيعها أنت وتتصرف فيها، بينما في "التأجير المنتهي بالتمليك" الأمر ليس كذلك و إذا أردنا أن نصيغ بالصياغة الصحيحة نقول: "التأجير مع الوعد بالتمليك"- لا تنتقل ملكية المبيع إلى المستأجر بل تبقى ملكا للمؤجر.قال الشيخ عبدالله بن بية : و الخلاصة أنه لا يجوز إلا إذا أخذ بالصيغ الخمس الآتية :." (١)

"يجري ذلك كله، ولم ير العميل بضاعة في حياته، ولا رأى أطنان الحديد تلك، ولا سبق أن باع واشترى في السوق العالمية، بل إنه قد قبض النقود ولما يقتنع أبدا بصحة ما قاله له البنك "الإسلامي" من أن تلك النقود ليست قرضا يرده بزيادة، لم يقتنع بذلك لأن المعاملة كلها من أولها لآخرها تماما مثل معاملة

---

(١) المفصل في أحكام الربا، ١٨٦/٤

القرض الربوي من البنك التجاري، مع اختلاف يسير في المدة الزمنية وكمية الأوراق التي يوقعها..هذه الطريقة هي إحدى أشهر طرق القروض "الشرعية" التي تقدمها البنوك الإسلامية.وحينما جرى النقاش مع بعض المسؤولين في تلك البنوك عن شرعية هذه المعاملة، أجاب بقوله: وما الخطأ في تلك المعاملة! البيع من البنك للعميل بالآجل صحيح، وتوكيل العميل للبنك بقبض البضائع صحيح، وبعض أهل العلم لم يشترط قبض البضائع من غير الأطعمة، ثم توكيله أيضا للبنك حتى يقوم ببيعها بالنيابة عنه صحيح فأين الخطأ في ذلك !وهكذا فتت أكثر المعاملات الربوية المعاصرة، وغيرت تغييرات طفيفة في الشكليات وما يسمى بالعمل الورقي والمكتبي، وأصبحت المعاملة شرعية مائة بالمائة...وهكذا عطلت مقاصد الشريعة الجزئية في باب البيوع، بل أتى الاقتصاد الإسلامي المعاصر بشكله الحالي بنقيض تلك المقاصد، الأمر الذي أدى وسيؤدي إلى انهيارات في الأسواق المالية بشتى صورها.-٣-لقد كان بعض أهل العلم بعيدي النظر، يوم "تحجروا" في نظرتهم تجاه بعض تلك المعاملات المالية، وتجرأ كثير منهم الآن للبوح ببعض ما كان يكن في نفسه من رفض لشرعية تلك المعاملات، بل إن بعض أهل العلم ممن عرف عنه تساهله في تلك المعاملات، عاد ليقول الآن بأن الرأي القائل بعدم جواز التعامل في الأسهم بالطريقة الحالية قول وجيه، وقرأت مقالته تلك وأنا في حالة من الدهشة الممزوجة بالغضب، لكنه زال حينما وجدت أحد المعلقين على تلك المقالة معلقا على تلك المقالة بطريقة عامية بقوله :"ومن ورط الناس في تلك التعاملات يا شيخ فلان؟" نعم من أوقعهم في ورطة تلك التعاملات؟ ألم تساهم تلك الفتاوى في تشجيع الناس – ولو بصورة غير مباشرة – للدخول في تلك التعاملات؟.هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن تلك الفتاوى والتي أقبل عليها الناس، وأقبلت عليها القنوات الفضائية ومواقع الانترنت فنشرتها، ساهمت في إضعاف أو حتى إخماد الصوت الرافض لهذا النهج الاقتصادي، فقليل هم الذين سمعوا قول بعض أهل العلم الذي يمنع من بيع وشراء الأسهم في سوق الأسهم، وقليل هم أولئك الذين تأملوا في أسباب ذلك المنع، والتي منها المشابهة الكبيرة بين عمليات شراء الأسهم وبيعها بعمليات المقامرة المحرمة، فالمتاجر بالأسهم يشتري الأسهم التي يظن أن قيمتها سترتفع، ويراقب شاشة الأسهم، وما أن ترتفع إلا وقام ببيعها مباشرة حتى ولو كان بين عملية البيع والشراء دقائق، هذا مع العلم بأن ارتفاع وانخفاض الأسهم عدا رهين عوامل غير رئيسية التأثير فيما لو كان السهم سلعة حقيقة تمثل جزءا شائعا من ممتلكات الشركة –كما يقال عادة – فالتضاعف أو الانخفاض الفلكي للقيمة السوقية للسهم، لمجرد سمعة، أو شائعة، أو توقعات كبار المستثمرين، أو نحو ذلك مما يقرب السهم من سهم القمار، الذي ليس له قيمة حقيقية.ولا يمكن أن

يقارن هذا الارتفاع والانخفاض بما يحدث لبعض السلع الحقيقية التي يزداد الطلب عليها، لأن حدوث ذلك لتلك السلع إنما هو حدوث مؤقت طارئ محدود ومرتبط ارتباطا وثيقا بحاجة الناس إلى تلك السلعة، ثم إن العلماء قد تحدثوا عما يجب علي ولي الأمر تجاه هذا الارتفاع في قيمة بعض السلع التي يحتاجها الناس، فلا يمكن مقارنة هذا بتلك الارتفاعات الفلكية التي تحصل في سوق الأسهم، والتي أصبحت السمة الغالبة على طبيعة تلك الأسهم.لقد كان الشيخ الدكتور الصديق الضرير موفقا وثاقب النظر يوم أن ذهب إلى القوم بأن بيع الأسهم وشرائها يجوز إذا كان بينة تملك ما يصدق عليه السهم وهو الحصة الشائعة من ممتلكات الشركة، ويمنع من هذا البيع والشراء إذا كان من أجل المتاجرة بالسهم بالطريقة التي نشاهدها في أسواق الأسهم.في النصف الثاني من العقد المنصرم استشرى بين أصحاب الدخل المحدود من الطبقة المثقفة في الخليج العربي، وبالذات في السعودية المتاجرة بالأسهم العالمية، مثل مايكروسوفت، وانتل، وجي إي، وغيرها، جرى بحث مع بعض الباحثين وطلبة العلم، في حكم هذه المتاجرة، وعرضت ورقة تشير إلى أن هذا النوع إنما هو أقرب إلى المقامرة منه إلى المتاجرة المشروعة، ناهيك أن ينبغي علينا أن نعيد النظر في تكييف الأسهم من الناحية الفقهية، فهل هي ورقة مالية جديدة قائمة بذاتها بعد أن يبدأ التعامل بها في السوق، أم أنها صك إثبات تملك حامله لجزء مشاع من الشركة؟ وكان الميل في البحث المعروض إلى أنها ورقة مالية قائمة بذاتها ومستقلة، فجاءت النصيحة من بعض الأخوة أن لا تنشر هذه الآراء، أو التساؤلات، لأنها ستثير السخرية من قبل الجميع...أما الآن – ولست أدري هل هو بعد فوات الأوان أم لا – فإن الكثير تجرء على التصريح بذلك ..لكن بالرغم من هذا كله، فأنه لا يستبعد أن تكون هذه الهزة الاقتصادية مجرد حدث عابر، ستسارع ذاكرتنا للفه في طي النسيان، كما طوى النسيان ما يسمى بالاثنين الأسود، ومناخ الكويت وغيرها، ولن يلبث المتعاملون في الأسهم، وطائفة من المشايخ، وطلبة العلم، إلا ويعيدوا الكرة من جديد، وهكذا دواليك..-٤-هذا، ويبدوا للباحث أن أحد أهم أسباب مشكلات ممارسات الاقتصاد الإسلامي الآن عدم التمييز بين مجرد جواز المعاملة، وبين اتخاذ هذه المعاملة نهجا اقتصاديا متبعا، وشتان بين مجرد الإباحة، والسنة، وهذا وإن كان لا يصدق في بعض الأمثلة، إلا أنه يصدق في أمثلة كثيرة جدا، ولذا فلا يجوز أن تتخذ مجرد الإباحة دليلا على جواز شيوع معاملة من المعاملات، أو فعل من الأفعال، فلو ذهب إنسان إلى أن صلاة الجماعة في المسجد غير واجبة، وتخلف عن الحضور في المسجد ليصلي جماعة مع أهل بيته، فربما توجه الكف عن إنكار هذا الاجتهاد عليه، لكن لو أصبح هذا ديدن أهل قرية أو مدينة من المدن، لتعطلت المساجد، وتعطلت شعيرة من أهم شعائر الإسلام!!

فوجب الإنكار حينئذ.وفي المعاملات الاقتصادية، فإن بيع المرابحة للآمر بالشراء جائز عند الجمهور، لكن البنوك الإسلامية اتخذته أصلا ووسيلة للتمويل، فأصبح سنة متبعة، وليس مجرد معاملة جائزة، فنتج عن ذلك صور كثيرة من التمويل، وثيقة الشبه بالربا المحرم، ففي التمويل العقاري مثلا، يقوم البنك بتفويض المشتري ليشتري المنزل الذي يريده بالنيابة عن البنك مرابحة، فيقوم المشتري بشراء المنزل من أجل البنك، ويقوم بدفع القيمة التي أخذها من البنك كوكيل في الشراء للمالك، وحالما يوقع هذا العقد، يقوم بإجراء عقد آخر يتم من خلاله شراء المنزل من البنك بالتقسيط، بصرف النظر عن تولى هذا العميل طرفي العقد أم لا، المهم أن المنزل ينتقل من المالك الأصلي إلى ملك البنك لمدة ثوان معدودات، ثم ينتقل مرة أخرى بمعاملة أخرى إلى ملك العميل من خلال شرائه له بالتقسيط، والصورة الكلية للمعاملة تظهر وكأن البنك أقرض العميل مالا ليشتري به منزلا، على أن يرد العميل هذا المال بالتقسيط مع زيادة ...." (١)

"وهذه البطاقات نشأت وتطورت في دول لا تحكم شرع الله في معاملاتها، وكانت في بنوك قائمة على الربا غير مراعية الشرعية الإسلامية، فداخل بعضها من الأوصاف، والشروط، ما يعلم قطعا بحرمة بعضها، وبالتالي تلقفها المسلمون على ما فيها من مخالفات شرعية، وأعظمها القرض بفائدة المجمع على تحريمه.(٢)ولكن بتوفيق من الله، قامت جهود مخلصة في هيئات شرعية لدى البنوك الإسلامية، بتنقيح وتهذيب هذا النوع من البطاقات، حتى صيرتها بطاقات إسلامية .وتتالت الهيئات الشرعية في البنوك بدراسة هذا النوع من البطاقات، ومحاولة أسلمتها، وتأصيلها، وتخريجها على ضوابط المعاملات وقواعدها، وذلك إما بإضافة شروط أو إلغائها، أو بتركيبها بعقدين أو أكثر حتى لا تقع فيما حرمه الله من الربا.ومن ذلك ما قامت به الهيئتان الشرعيتان لدى البنكين الأهلي والسعودي الأمريكي، فقد قامتا بإصدار قرار بشرعية بطاقتي الخير والتيسير الائتمانيتين التابعتين للبنكين، وأنهما متوافقتان مع الشريعة الإسلامية.ولكن بعد التأمل في كيفية عمل هاتين البطاقتين، تبين للباحث أنهما تتضمنان مخالفات لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية؛ لأسباب سوف أذكرها خلال البحث.وهذه الورقات :هي بيان لبعض المخالفات الشرعية التي تضمنتها بطاقتا الخير والتيسير الائتمانية، ينتظم عقدها في مبحثين:المبحث الأول: تصوير عمل البطاقتين.المبحث الثاني: المخالفات الشرعية في عمل البطاقتين.علما أني لن أتطرق في هذا البحث إلى بعض المسائل وهي :١-التورق المصرفي.٢-البيع الفضولي.٣- التوكيل بالبيع والشراء، أي أن يتولى الوكيل طرفي العقد .للأسباب التالية:١-إن العمل الآن على جواز هذه المعاملات، وإن كان يوجد فيها خلاف قوي.٢-لعدم

---

(١) المفصل في أحكام الربا، ١٩٢/٤

إطالة البحث، والخروج به عن مقصوده .٣-إن مسألة التورق المصرفي مثلا من المسائل الشائكة، ولهذا سوف تبحث في الدورة القادمة لمجمع الفقه التابع لرابطة العالم الإسلامي، فمن الأولى عدم الاستعجال في بحثها؛ لأنه سيصدر فيها قرار من المجمع الفقهي.وأخيرا:فقد بذلت في هذا البحث جهدي وهو جهد المقل، فما أصبت فيه فمن الله تعالى وله الحمد والثناء، وما أخطأت فيه فمن نفسي وأستغفر الله.وإني لأتوجه بالدعاء إلى الله قيوم السموات والأرض أن يأخذ بأيدينا إلى سواء السبيل، وأن يرينا الحق حقا ويرزقنا اتباعه، وان يرينا الباطل باطلا ويرزقنا اجتنابه، إنه ولي ذلك والقادر عليه.وصلى الله وسلم على خاتم رسله نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين .وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.المبحث الأول: تصوير عمل البطاقتينقال الفقهاء: الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وقبل أن نبدأ بالحكم على البطاقتين لابد من تصوير عملهما، ومن ثم بيان حكمهما.أولا: تصوير عمل بطاقة تيسير الأهلي:جاء في شروط وأحكام بطاقة تيسير الأهلي:(ميعاد الاستحقاق:تستحق كافة الالتزامات المترتبة على حامل البطاقة نتيجة إصدار البطاقة أو استعمالها في تاريخ إصدار البنك لكشف الحساب، وبحيث يقوم حامل البطاقة بسداد قيمة الرصيد (كاملا أو يلتزم بسداد الحد الأدنى الواجب دفعه ٥٪ من كامل المبلغ المستحق أو مبلغ ٢٥٠ ريالا أيهما أكثر) إلى البنك خلال ٢٠ يوما من تاريخ إصدار كشف الحساب وبالتالي تنشيط حد التيسير للمبلغ المتبقي.وفي حالة عدم تسديد المبلغ كاملا أو الحد الأدنى على الأقل يقوم البنك ببيع سلعة معينة يملكها البنك قيمتها تقارب المديونية ويبيعها على العميل بيعا فضوليا ويقسط الثمن على ٢٤قسطا، وفي حالة عدم اعتراض العميل بعد إبلاغه بهذا التصرف خلال عشرين يوما من تاريخ الكشف اللاحق يعتبر هذا إجازة منه بذلك.) أ.هالتوضيح:مما لا يخفى أن هدف البطاقة الائتمانية هو إقراض حاملها، وذلك إما بالسحب الفوري من مكائن الصرف، أو من خلال ضمانه لدى التجار، حيث إن البنك يدفع عنه مستحقاته لدى التجار ومن ثم يطالبه فيما بعد بالسداد، وغالبا تحدد المدة بشهر أو تزيد قليلا.فإذا شغلت ذمة حامل البطاقة بالدين نتيجة استعمالها إما بالقرض أو الشراء، فإن مصدر البطاقة(البنك الأهلي) يتيح له السداد من خلال طريقين:الطريق الأول: إما بالتسديد النقدي لكامل المبلغ.الطريق الثاني: إذا لم يسدد كامل المبلغ، وحل الأجل، يقوم المصرف بعملية التورق، وذلك ببيع سلعة معينة يمتلكها البنك ... الخ. كما هو مبين سابقا.ولتوضيح الصورة أكثر، جاء في التعريفات في نفس الاتفاقية ما يلي:التيسير: هو صيغة تمويل معتمدة من هيئة الرقابة الشرعية تتيح الحصول على النقد على سبيل التورق.حد التيسير الائتماني: هو مبلغ التمويل الشخصي الائتماني المعتمد من البنك الأهلي

التجاري(البنك) لحامل البطاقة بناء على طلبه ليكون الطريقة الثانية (بجانب التسديد النقدي) لسداد حساب البطاقة الائتمانية الذي ينتج عن استخدام البطاقة من قبل حاملها "حامل البطاقة".استعمالات حد التيسير الائتماني: يستخدم حد التيسير الائتماني لسداد حساب البطاقة الائتمانية فقط ويتم استخدامه لهذا الغرض بتفويض من حامل البطاقة.استخدام حد التيسير الائتماني: هو أمر حامل البطاقة البنك بشراء سلعة/سلع وإعادة بيعها لتسديد جزء أو كل دين البطاقة الائتمانية وبالتالي سداد ثمن تلك السلع على ٢٤ قسطا شهريا.ثانيا: تصوير عمل بطاقة الخير التابعة للبنك السعودي الأمريكيجاء في اتفاقية بطاقة الخير الائتمانية، الذي يصدرها البنك السعودي الأمريكي:(في حالة عدم دفع كامل المديونية المطلوبة من عضو البطاقة فسوف يقوم سامبا بوقف البطاقة وفي حالة استمرار عدم الدفع يقوم سامبا بإلغاء البطاقة ولن يتم إصدار بطاقة بديلة إلا بعد سداد كامل المبلغ مع أن سامبا يتيح لعضو البطاقة فرصة لسداد المديونية عن طريق دخوله مع سامبا في عملية تورق تجنبا لإلغاء البطاقة.)وجاء في نفس الاتفاقية:(في حالة رغبة العميل في تغطية مديونية البطاقة عن طريق التورق تكون مدة البيع بالتقسيط ١٥ شهرا بمعدل ربح ١٦,٣٠٪ على كامل المدة، وإذا كان المبلغ المتبقي على العميل أقل من خمسمائة ريال فلن يلبي البنك طلبه لتنفيذ عملية التورق.)وجاء في الاتفاقية:(نموذج وكالة)أوكل السادة/ مكتب عبد العزيز القاسم للاستشارات الشرعية والنظامية في شراء سلع من إدارة الائتمان الشخصي لدى البنك السعودي الأمريكي (سامبا) بالتقسيط بغرض تنفيذ عمليات التورق في حال وجود رصيد مدين على بطاقة الخير الائتمانية في يوم الاستحقاق أو بعده من كل شهر وذلك حسب سجلات البنك.كما أنني أوكل إدارة الائتمان الشخصي لدى سامبا ببيع السلع التي اشتريتها وذلك لطرف آخر حسب السعر السائد وقت البيع مع حق توكيل إدارة الائتمان الشخصي لدى سامبا لطرف آخر لإتمام عملية الوكالة واستخدام المبالغ المتحصلة لتسوية الرصيد المدين على بطاقة الخير الائتمانية. ويعتبر هذا التوكيل غير قابل للنقض طالما كانت اتفاقية بطاقة الخير الائتمانية سارية المفعول.)وجاء في نشرة تعريفية لبطاقة الخير ما يلي:(بطاقة الخير هي البطاقة الائتمانية الجديدة، الأولى والوحيدة المجازة من هيئة الرقابة الشرعية لدى سامبا والتي تستخدم في أي مكان حول العالم.تتم عبر تنفيذ عملية التورق والتي من خلالها يقوم العميل بشراء سلع مملوكة من قبل البنك "معادن" بالأجل بسعر معين ويفوض البنك ببيع هذه السلع "معادن" حسب سعر السوق إلى طرف ثالث.." (١)

---

(١) المفصل في أحكام الربا، ٣١/٥

"٣٨.الإيداع في الحساب الجاري في البنوك الربوية محرم، لأنه من التعاون على الإثم والعدوان، وفي الإيداع في البنك الربوي إعانة وتقوية له، حيث إن رأس مال المصرف لا يشكل إلا مبلغا قليلا لا يتجاوز ١٠٪ والباقي يعمل به من الأموال التي أودعت عنده، سواء كانت جارية أو غيرها، ومما يتولد عنها. وعلى هذا فلو م يودع أحد في المصارف الربوية لتعطلت ولم تعمل في الربا ، فيصدق على من يودع فيها أنه يعينها على الإثم والعدوان.٣٩.إن إصدار سندات القرض بأنواعها محرم، ومن ثم يحرم التعامل بها شراء وتداولا، لأنها قروض ربوية. وهي من أشكال الاقتراض المصرفي.٤٠.الفوائد التي يأخذها مصرف البلد المستورد في الاعتمال المستندي – إذا كان الاعتماد غير مغطى من قبل المستورد أو كان مغطى جزئيا – فوائد ربوية محرمة. وكذلك الفوائد التي يأخذها المصرف إذا تأخر المستورد في الدفع، فإنها فوائد ربوية محرمة. وهذا من أشكال الإقراض المصرفي.٤١.الحالة الأولى لجمعيات الموظفين، وهي الحالة الخالية من الشروط الزائدة: جائزة.٤٢.الصورة الأولى من الحالة الثانية لجمعية الموظفين، وهي أن يشترط على جميع الراغبين في المشاركة الاستمرار حتى تستكمل دورة كاملة: جائزة، والأولى عدم هذا الشرط.٤٣.الصورة الثانية من الحالة الثانية لجمعيات الموظفين ، وهي أن يشترط على جميع الراغبين في المشاركة الاستمرار حتى تدور دورة ثانية أو أكثر : لا تجوز===========حول سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة)مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن رابطة العالم الإسلامي ١٥/١٠/٢٨١٤٢٥/١١/٢٠٠٤حول سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة):الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، سيدنا ونبينا محمد. وبعد: فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، قد نظر في موضوع سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة)، وما يعقد فيها من عقود: بيعا وشراء على العملات الورقية وأسهم الشركات، وسندات القروض التجارية والحكومية، والبضائع، وما كان من هذه العقود على معجل، وما كان منها على مؤجل. كما اطلع مجلس المجمع على الجوانب الإيجابية المفيدة لهذه السوق في نظر الاقتصاديين والمتعاملين فيها، وعلى الجوانب السلبية الضارة فيها.(أ) فأما الجوانب الإيجابية المفيدة فهي:أولا: أنها تقيم سوقا دائمة، تسهل تلاقي البائعين والمشترين، وتعقد فيها العقود العاجلة والآجلة، على الأسهم والسندات والبضائع.ثانيا: أنها تسهل عملية تمويل المؤسسات الصناعية، والتجارية، والحكومية، عن طريق طرح الأسهم وسندات القروض للبيع.ثالثا: أنها تسهل بيع الأسهم، وسندات القروض للغير، والانتفاع بقيمتها، لأن الشركات المصدرة لها، لا تصفي قيمتها لأصحابها.رابعا: أنها تسهل معرفة ميزان أسعار الأسهم، وسندات القروض والبضائع، وتموجاتها في ميدان التعامل، عن طريق حركة العرض

والطلب.(ب) وأما الجوانب السلبية الضارة في هذه السوق فهي:أولا: أن العقود الآجلة التي تجري في هذه السوق، ليست في معظمها بيعا حقيقيا، ولا شراء حقيقيا، لأنها لا يجري فيها التقابض بين **طرفي العقد** فيما يشترط له التقابض في العوضين أو في أحدهما شرعا.ثانيا: أن البائع فيها، غالبا يبيع ما لا يملك، من عملات، أو أسهم، أو سندات قروض، أو بضائع، على أمل شرائه من السوق، وتسليمه في الموعد، دون أن يقبض الثمن عند العقد، كما هو الشرط في السلم.ثالثا: أن المشتري فيها غالبا، يبيع ما اشتراه لآخر قبل قبضه، والآخر يبيعه أيضا لآخر قبل قبضه، وهكذا يتكرر البيع والشراء على الشيء ذاته قبل قبضه، إلى أن تنتهي الصفقة إلى المشترى الأخير الذي قد يريد أن يتسلم المبيع من البائع الأول، الذي يكون قد باع ما لا يملك، أو أن يحاسبه على فرق السعر في موعد التنفيذ، وهو يوم التصفية، بينما يقتصر دور المشترين والبائعين غير الأول والأخير، على قبض فرق السعر في حالة الربح، أو دفعه في حالة الخسارة، في الموعد المذكور، كما يجري بين المقامرين تماما.رابعا: ما يقوم به المتمولون، من احتكار الأسهم والسندات والبضائع في السوق، للتحكم في البائعين الذين باعوا ما لا يملكون، على أمل الشراء قبل موعد تنفيذ العقد بسعر أقل، والتسليم في حينه، وإيقاعهم في الحرج.خامسا: أن خطورة السوق المالية هذه تأتي من اتخاذها وسيلة للتأثير في الأسواق بصفة عامة، لأن الأسعار فيها لا تعتمد كليا على العرض والطلب الفعليين من قبل المحتاجين إلى البيع أو إلى الشراء، وإنما تتأثر بأشياء كثيرة بعضها مفتعل من المهيمنين على السوق، أو من المحتكرين للسلع، أو الأوراق المالية فيها، كإشاعة كاذبة أو نحوها، وهنا تكمن الخطورة المحظورة شرعا، لأن ذلك يؤدي إلى تقلبات غير طبيعية في الأسعار، مما يؤثر على الحياة الاقتصادية تأثيرا سيئا، وعلى سبيل المثال لا الحصر: يعمد كبار الممولين إلى طرح مجموعة من الأوراق المالية من أسهم أو سندات قروض، فيهبط سعرها لكثرة العرض، فيسارع صغار حملة هذه الأوراق إلى بيعها بسعر أقل، خشية هبوط سعرها أكثر من ذلك وزيادة خسارتهم، فيهبط سعرها مجددا بزيادة عرضهم، فيعود الكبار إلى شراء هذه الأوراق بسعر أقل، بغية رفع سعرها بكثرة الطلب، وينتهي الأمر بتحقيق مكاسب للكبار، وإلحاق خسائر فادحة بالكثرة الغالبة، وهم صغار حملة الأوراق المالية، نتيجة خداعهم بطرح غير حقيقي لأوراق مماثلة، ويجري مثل ذلك أيضا في سوق البضائع. ولذلك قد أثارت سوق البورصة جدلا كبيرا بين الاقتصاديين، والسبب في ذلك أنها سببت في فترات معينة، من تاريخ العالم الاقتصادي، ضياع ثروات ضخمة، في وقت قصير، بينما سببت غنى للآخرين دون جهد، حتى إنهم في الأزمات الكبيرة التي اجتاحت العالم، طالب الكثيرون بإلغائها، إذ تذهب بسببها ثروات، وتنهار أوضاع اقتصادية في هاوية،

وبوقت سريع، كما يحصل في الزلازل والانخسافات الأرضية.ولذلك كله، فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، بعد اطلاعه على حقيقة سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة) وما يجري فيها من عقود عاجلة وآجلة على الأسهم وسندات القروض، والبضائع والعملات الورقية، ومناقشتها في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية يقرر ما يلي:أولا: أن غاية السوق المالية (البورصة) هي إيجاد سوق مستمرة ودائمة، يتلاقى فيها العرض والطلب، والمتعاملون بيعا وشراء، وهذا أمر جيد ومفيد، ويمنع استغلال المحترفين للغافلين والمسترسلين الذين يحتاجون إلى بيع أو شراء، ولا يعرفون حقيقة الأسعار، ولا يعرفون المحتاج إلى البيع، ومن هو محتاج إلى الشراء. ولكن هذه المصلحة الواضحة، يواكبها في الأسواق المذكورة (البورصة)، أنواع من الصفقات المحظورة شرعا، والمقامرة، والاستغلال، وأكل أموال الناس بالباطل، ولذلك لا يمكن إعطاء حكم شرعي عام بشأنها، بل يجب بيان حكم المعاملات التي تجرى فيها، كل واحدة منها على حدة.ثانيا: أن العقود العاجلة على السلع الحاضرة الموجودة في ملك البائع، التي يجري فيها القبض فيما يشترط له القبض في مجلس العقد شرعا، هي عقود جائزة، ما لم تكن عقودا على محرم شرعا، أما إذا لم يكن المبيع في ملك البائع، فيجب أن تتوافر فيه شروط بيع السلم، ثم لا يجوز للمشتري بعد ذلك بيعه قبل قبضه.." (١)

"ومن باب الاستطلاع فقد قمت بسؤال عدد من المستثمرين في شركتي "اللجين"و "أميانتيت " عن نوعية نشاط تينك الشركتين ، فكانت الإجابة بعدم العلم ، فعرفت أن الكثير من المساهمين إنما يستقي معلوماته عن نشاط الشركة من اسمها فقط ، وأن غاية ما يبذله في التحري أن يسأل أهل العلم عن حكم المساهمة في تلك الشركة دون دراية بما فيها من النقد وما عليها من المديونيات وما لها من الأصول وغير ذلك.٨. ومن لازم هذا القول تحريم تداول أسهم البنوك الإسلامية بقيمتها السوقية لأن الغالب في موجودات تلك البنوك أنها نقود أو ديون في ذمم المتمولين ، ومع ذلك فعامة الهيئات الشرعية لتلك البنوك على الجواز .ثالثا–وعلى فرض التسليم بصحة التكييف الثاني لبيع الأسهم – وهو أن له حكم ما يمثله السهم من موجودات – فالذي دل عليه حديث ابن عمر السابق "من باع عبدا له مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع" أن المبيع إذا اشتمل على نقد واشتري بنقد من جنسه ، ولم يكن النقد المخلوط مقصودا فلا يلتفت إليه بمعنى أنه لايجري على الصفقة حكم الصرف ، حتى ولو كانت قيمة النقد المخلوط أكثر من قيمة الخلط الذي معه ، قال ابن قدامة –رحمه الله– : "الحديث دل على جواز بيع العبد بماله إذا كان

---

(١) المفصل في أحكام الربا، ٥/٩٥

قصد المشتري للعبد لا للمال... فيجوز البيع سواء كان المال معلوما أو مجهولا ، من جنس الثمن أو من غيره ، عينا كان أو دينا ، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر (٧٧).ومن المعلوم أن العبد لا يملك وأن المال الذي بيده مآله للمشتري ، ومع ذلك جاز البيع مطلقا بدون تقابض ولا تماثل حتى مع اتفاق النقدين (المال الذي معه ، والثمن الذي يشترى به العبد) ، وحتى لو كان المال الذي مع العبد أكثر من قيمة العبد نفسه .ولا يشكل على هذا الحديث حديث القلادة – المتقدم – فإن الذهب الذي في القلادة مقصود للمشتري بخلاف المال الذي مع العبد .وهذا أحسن ما قيل في الجمع بين الحديثين .ويؤخذ من هذين الحديثين أن العبرة بالقصد لا بقيمة المال الربوي ، فإن كان المال الربوي مقصودا فوجوده في الصفقة مؤثر ، وإن كان تابعا فلا يؤثر ، كما أن هذا التفصيل يتماشى مع القواعد الشرعية : " العبرة في العقود بالمقاصد " و " التابع تابع " وغيرها.وبخصوص الشركة التي نتحدث عنها ، وهي شركة الصحراء ، وغيرها من الشركات الإنتاجية حديثة التأسيس فإن النقد الذي فيها ليس بمقصود لأمرين :الأول : أن المشتري – بشرائه السهم– لا يقصد الحصول على النقد الذي في الشركة ، ولا ينتقي من الشركات ما هو أكثر نقدية ، بل قصده الحصول على الربح الرأسمالي أو الدوري أيا كانت الموجودات .والثاني : لأن المقصود من نشاط الشركة هو الاستثمار في المنتجات البتروكيماوية ، وهي من العروض ، وأما غلبة النقدية في موجوداتها لفترة من الفترات فهي أمر عارض ولا يعد ذلك من نشاطها المقصود.رابعا– وعلى فرض التسليم بأن النقد الذي في الشركة مقصود وأن بيع الأسهم له حكم بيع موجوداتها فإن صورة هذه المعاملة كمسألة " مد عجوة ودرهم " وهي : بيع الربوي بجنسه ومع أحدهما من غير جنسهما ، وكل من الربويين مقصود في العقد ، وبيان ذلك أن الأسهم مؤلفة من :١. النقد ، وهو بالريالات .٢. والأموال الأخرى من حقوق وأعيان ومنافع .والثمن من الريالات ، فالريالات في طرفي العقد مقصودة ، ومع أحد الطرفين مال غير ربوي .والذي ترجح من الخلاف السابق في مسألة " مد عجوة ودرهم" – وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية ورواية عن الإمام أحمد – أن العقد يصح بشرطين :الأول :أن يكون المال الربوي المفرد أكثر من الذي معه غيره .والثاني : ألا يكون القصد من المعاملة التحايل على الربا وذلك بأن يكون ما مع الربوي له قيمة حقيقية ، ولم يؤت به للتحليل.وكلا الشرطين متحقق في بيع هذه الأسهم ، فإنها تباع بقيمتها السوقية وهي أعلى من القيمة الاسمية التي تم الاكتتاب بها ، كما أن الموجودات الأخرى غير النقدية في الشركة ذات قيمة حقيقية ولم يؤت بها حيلة .وقد يرد على هذا التخريج أن الأصول العينية للشركة عند بدء التداول لا تمثل شيئا مقارنة بالنقدية التي فيها .والجواب عن ذلك : أن المقصود بالموجودات الأخرى غير النقدية أعم من أن

يكون أعيانا فقط ، فقد تكون أعيانا أو منافع أو حقوقا ، فكل ما يؤثر في القيمة السوقية للسهم – إذا كان له قيمة معتبرة شرعا– فتحمل الزيادة في قيمة السهم على أنها مقابله ، ونظير ذلك ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية وغيره من أهل العلم من جواز بيع المصوغ من الذهب والفضة بجنسه من غير اشتراط التماثل، ويجعل الزائد في مقابلة الصنعة ، وهي منفعة وليست عينا ،والله أعلم.نسأل الله أن يرينا الحق حقا ويرزقنا اتباعه ، والباطل باطلا ويرزقنا اجتنابه ، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .(*) الأستاذ المساعد بقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية(١) المصباح المنير ص ٢٣٦ ، المفردات في ألفاظ القرآن الكريم ص ٨١٩ .(٢) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص ٣٣٠ .(٣) الحدود لابن عرفه ص ٥٥٦ .وخرج بقوله: ((حسا دون إضافة)) : ما يمكن الإشارة إليه حسا من الأعيان كالثوب والدابة ، فإنهما ليسا بمنفعة لإمكان الإشارة إليهما حسا دون إضافة ، بخلاف ركوب الدابة ولبس الثوب .وبقوله : ((يمكن استيفاؤه)) أخرج العلم والقدرة لأنهما لا يمكن استيفاؤهما .وبقوله : ((غير جزء مما أضيف إليه)): أخرج به نفس نصف الدار مشاعا لأنه يصدق عليه .(٤) الملكية في الشريعة الإسلامية، لعلي الخفيف ص ١٨٠ .(٥) الملكية في الشريعة الإسلامية، لعلي الخفيف ص ١٨١ .(٦) يرى أبو حنيفة وصاحباه خلافا لزفر والجمهور أن المنفعة لا تعتبر مالا حقيقية ، وإن كان يصح الاعتياض عنها ، وكونها ثمنا أو مثمنا ، وترتب على هذا الخلاف مسائل متعددة لا علاقة لها فيما نحن بصدده مثل : ضمان منافع المغصوب ، وإجارة المشاع ، وانتقاض الإجارة بموت أحد العاقدين ، مع أنه ورد في بعض كتب الأحناف ما يشعر بأن المنفعة مال عندهم ، ومن ذلك قول البابرتي (العنايه ٨/٧) : ((الأعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجرة)) .(٧) رد المحتار ٨٥/٩ ، جواهر الإكليل ١٥٠/٢ ، روضة الطالبين ١٧٧/٥ ، شرح المنتهى ١٤٠/٢ .(٨) انظر : حاشية الدسوقي ١٤/٣ ، نهاية المحتاج ٣٧٢/٣ ، شرح المنتهى ١٤٠/٢ .(٩) قواعد ابن رجب ص ٨٤ .(١٠) انظر : الشركات للخياط ٢١٤/٢ .(١١) معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال ص ٤٩٨ .(١٢) المراد بالتسييل : سهولة تحويلها إلى نقود (سيولة) .(١٣) ينظر : الوجيز في النظام التجاري السعودي ص٢٠٠ .(١٤) ((الاستثمار في الأسهم والوحدات والصناديق الاستثماريه)) ص ٣٧ ، أسواق الأوراق الماليه ص ٢٦٦ .(١٥) من أنصار هذا القول : أبو زهرة ، وعبد الرحمن حسن ، وخلاف ، والقرضاوي ، والشيخ جاد الحق شيخالأزهر سابقا ، انظر : فقه الزكاة ٥٢٧/١ ، بحوث في الزكاة ص ١٨٣ ، أسواق الأوراق الماليه ص ٣١٨ .(١٦) الفتاوى الاقتصادية ص ١٥ ، صناديق الاستثمار الإسلامية

ص ٤٨ ، مناقشات مجلس مجمع الفقه الإسلاميحول سندات المقارضة ، مجلة المجمع ٣/٤/ (٢٠٤٥ – ٢٠٦٠) ، وهذا القول لازم لجميع الهيئات الشرعية التي أجازت تداول أسهم بنوكها بالقيمة السوقيه .." (١)

"وتتبطن دوائر النقاش و الحوار الكثير من الحيرة و التردد بين العام و الخاص حول الإجابة عن تساؤلات شتى منها: ما هو النوع من التأمين المقبول، و ما هو النوع المرفوض؟ وهل هناك –حقيقة– فروق جوهرية أو أساسية بين النوعين من التأمين التعاوني والتجاري، بحيث تؤثر على حكمها الشرعي؟ وأي أنواع التطبيقات الواقعة على مستوى الشركات يمكن أن تمثل حلا قريبا واختيارا صحيحا يعكس التوافق مع القيم والمبادئ التي يتبناها جماهير الناس؟ وعلى أسوأ الأحوال لو لم يوجد تأمين شرعي مقبول، فهل يجب الالتزام بالتأمين المروري عبر أية شركة تأمين من مبدأ طاعة أولياء الأمور؟ أم أنة (لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق)، فيجب الضن بالاشتراك؛ خشية الوقوع في الحرام؟.فروق جوهرية:يمكن أن توضح في هذه المقالة –كمرحلة أولى– أهم المحاور الرئيسة التي يمكن من خلالها رؤية حدود و فوارق مؤثرة في الحكم بين شركات التأمين التجاري والتعاوني، أو الخروج بانطباع عن تجانس في القواعد و الأسس بين هذين النوعين من الشركات، إلى حد لا يمكن معه تصنيفها بين الحظر والإباحة.١– الجهة في التأمين التجاري من حيث المؤمن والمؤمن له جهة منفكة، إذ هما طرفان مستقلان يمثلان جهتين بينهما عقد معاوضة، جهة المؤمن له (وهو المشترك)، وجهة الشريك المؤمن (وهي الشركة)؛ فيتوجه حينئذ النظر إلى هذا العقد من حيث دورانه بين الغنم والغرم والغرر لكل من طرفي العقد، بينما في التأمين التعاوني فإن الجهة متحدة، فهما طرفان متحدان متعاونان، مؤمن له وهو المؤمن نفسه، فليسا طرفا عقد معاوضة لجهتين منفكتين، فلا يتوجه النظر إلى هذا على أنه عقد بين طرفين مستقلين، يدور كل منها بين الغنم والغرم .٢– قد يقول بعض الفقهاء: –ومنهم الشيخ محمد بن عثيمين رحمه الله– إنه في هذه الحالة التبادلية التعاونية (غير التطوعية البحتة) قد يستفيد أحد الشركاء بتعويضات كبيرة (نتيجة حوادث وقعت له)، بينما الشريك الآخر الذى لم تقع له حوادث لا يستفيد، بل قد ينقص رأسماله المساهم فيه، فصار غررا بين الشركاء فأشبه التأمين التجاري، فيقال إنهما (الشريكان) ليسا طرفا عقد معاوضة، وإنما هما طرفا عقد تعاون وإحسان (أشبه ما لو كان كل من الشركاء يخرج من ماله قرضا بإذن؛ ليستخدمه من يحتاجه أو يعوض بجزء منه لمن أصابته جائحة أو نازلة، وأما لو زادت قيمة الأسهم عن قيمتها الاسمية مع تكاليف تغطية الحوادث، فإن هذه

(١) المفصل في أحكام الربا، ٥/١٠٤

الزيادات لم تكن مشروطة من المتشاركين، فترجع السهم –حسب نسبة رؤوس أموالهم– مع رؤوس أموالهم، فلا تعد ربا؛ لأنها ليست معقودا عليها، بل تكون أشبه بالمكافأة التطوعية الجائزة شرعا من المدين، إن لم ينتظرها الدائن عرفا، ولم يشرطها عقدا.٣– في الشركة التعاونية المؤمنون هم المؤمن لهم، فهم طرف واحد، و بالتالي فهم لا يخططون لتحقيق مكاسب تأمينية من وراء دفعهم للأقساط وتغطيتهم للتكاليف؛ وذلك بالسعي لتكوين فرق بين اشتراكاتهم (مساهماتهم)، وتكاليف تغطية الحوادث الحاصلة لهم، وإلا لكانوا يريدون أن يربحوا من وراء أنفسهم وهذا لا يتوجه، بل تخطيطهم أن يكون متوقع التكاليف بسب الحوادث مساويا للاشتراكات . و لو خططوا لعمل فائض –وسلمنا أنه ربح– فإنهم في الواقع إنما يعملون فائضا لأنفسهم من أنفسهم، وأما ما يحصل من فائض مخطط أو غير مخطط (أي لم يتم استهدافه)، فإنه لو وزع على الشركاء لكان بمثابة إعادة لزيادة غير مقصودة، نعم قد يستفيد أحد الشركاء أكثر بكثير من الآخرين؛ لأنه تمت بواسطة الصندوق تغطية تكاليف باهظة لحادث طرأ عليه، لكن هذه الاستفادة وهذه الزيادة أو الفائض لأحد الشركاء لا يعتبر غررا ولا ربا؛ لأنه مع بقية الشركاء في عقد إحسان وتعاون لا عقد معاوضة، فلا يتوجه إليه الربا ولا الغرر المحرم . ولو قيل: إن في ذلك غررا محرما لتوجه نفس القول للصندوق التعاوني التطوعي المحض(الذي لا يعود فيه رأس مال إلى صاحبه لأنه متبرع)، إذ إنه يستفيد أحد المشاركين فيه من دفع تكاليفه الباهظة لحادث، ولا يستفيد الآخر مثله إذا لم يقع له حادث . والفرق بين الصندوق أو الشركة التأمينية التعاونية، والصندوق أو الشركة التطوعية هو أن الأول من قبيل القرض(السلف) للإحسان و التعاون، بينما الثاني من قبيل الصدقة والتبرع للإحسان والتعاون. فليس التأمين التعاوني بمعنى البيع أو المتاجرة بين الشركاء، ولهذا لا يدخل في أصله وجذره تحت بيوع الغرر المنهي عنها.التأمين من عقود المواساة لا من عقود المسابقات:وأما حديث (لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر) فإن الجوائز والمكافآت تبذل من المتسابقين؛ ليفوز بها من هو في مجال سباقهم الذي هو بفعلهم أنفسهم أعلى وأكبر وأكثر، فيتوجه إليها مصطلح الغرر، وتحرم إلا إذ كانت بمعنى الجهاد؛ لأنها بفعل المتسابقين والمتنافسين أنفسهم، وأما الأثمان التي تبذل بواسطة الشركاء في التأمين التعاوني، فلأجل مواجهة ضرر ونقص وجائحة تفعل بهم من غيرهم، وليست بفعلهم أنفسهم، ثم إن الغرض منها مواساة وجبر المخفق والمصاب والمتضرر، لا مكافأته على تفوقه وزيادته و علوه و ارتفاعه، ولا شك أن غرض المواساة و تغطية المضاربات في الأزمات تختلف عن غرض المنافسة للوصول إلى الجوائز على المناسبات و المسابقات.قانون الإحصاءات الكبيرة:وبخلاف (شركة التأمين التعاونية)فإن شركة التأمين التجارية تخطط لتحقيق مكاسب (أرباح) تأمينية،

من وراء تحصيلها للأقساط من المشتركين. فشركة التأمين التجارية التي يكون المشترك فيها(طرف تعاقد) هو المؤمن له؛ وتكون الشركة المملوكة لآخرين. (طرف التعاقد الآخر) هو المؤمن، وهما طرفان مستقلان بينهما عقد معاوضة لا عقد تعاون وتبرع، وفي هذه الحالة من الشركات التجارية فإنها تخطط للاستفادة من الفائض بين رسوم وأقساط المشاركين، وبين تكاليف تغطية حوادثهم، ويعتمد حجم أرباح أو (خسائر) مثل هذه الشركات التجارية للتأمين على عدة عوامل رئيسة هي :١- درجة المنافسة في صناعة التأمين، فكلما زادت المنافسة قلت الأرباح غير العادية، حتى لا يبقى إلا تكاليف الفرصة البديلة لرأس المال والإدارة.٢- درجة استقرار الحقل الاقتصادي الذي يتناوله موضوع التأمين، فقد يتعرض التأمين في المجال الصحي لتذبذب من ناحية الحوادث وتكاليفها، أكبر من تذبذب الحوادث في المجال المروري .٣- درجة دقة حسابات احتمالات الحوادث في مجال التأمين المتعلق.٤- درجة أمانة الشركة في القيام بمسؤولياتها تجاه المؤمنين، أو تنحيها عنهم .٥- درجة تعرض الاقتصاد -ككل أو أحد مجالاته- لموجات من التذبذب تؤثر على الحوادث التي تقع فيه، أو في أحد مجالاته .." (١)

"التأمين بمعناه الحقيقي المتعارف عليه عقد حديث النشأة في العالم، فهو لم يظهر إلا في القرن الرابع عشر الميلادي في إيطاليا حيث وجد بعض الأشخاص الذين يتعهدون بتحمل جميع الأخطار البحرية التي تتعرض لها السفن أو حمولتها نظير مبلغ معين (التأمين البحري) ، ثم ظهر بعده التأمين من الحريق ، ثم التأمين على الحياة ،ثم انتشر بعد ذلك وتنوع حتى شمل جميع نواحي الحياة.تعريف التأمين :لغة:التأمين : من مادة أمن يأمن أمنا ، إذا وثق وركن إليه ، وأمنه إذا جعله في الأمن فكان بذلك آمنا ، يقال أمن على ماله عند فلان تأمينا أي جعله في ضمانه ، وهو ضد الخوف قال الله تعالى : (وآمنهم من خوف)سورة قريش /٤ .واصطلاحا :نظام التأمين ، وفقا لنظريته العامة في نظر الاقتصاد هو : نظام تعاقدي يقوم على أساس المعاوضة ، غايته التعاون على ترميم أضرار المخاطر الطارئة بوساطة هيئات منظمة تزاول عقوده بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد إحصائية .وينقسم التأمين من حيث الشكل إلى قسمين :التأمين التجاري ويسمى : ذا القسط الثابت : وهو عقد بين طرفين أحدهما يسمى المؤمن – بكسر الميم المشددة – والثاني المؤمن له – بفتح الميم المشددة- أو المستأمن ، يلتزم فيه المؤمن بأن يؤدي إلى المؤمن لمصلحته مبلغا من المال ، أو إيرادا مرتبا ، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث ، أو تحقق خطر مبين في العقد ، وذلك في مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له إلى المؤمن .وهذا

(١) المفصل في أحكام الربا، ٩/٦

النوع من التأمين (التجاري) محرم ولا يجوز، وسبب تحريمه أنه لا يخلو من:أولا- الربا: لأن ما تدفعه الشركة من تعويض للعميل الذي وقع عليه الضرر قد يكون أقل أو أكثر من الأقساط التي دفعها العميل للشركة، وقد يكون مساويا لها وهذا نادر ، كما أن الشركة يكون دفعها متأخرا عن القسط المدفوع لها، فإن كان التعويض أكثر من الأقساط أو أقل كان فيه ربا الفضل والنسيئة ، وإن كان مساويا ففيه ربا النسيئة وكلاهما حرام .ثانيا – الغرر: وهو عنصر لازم لعقد التأمين، لأن التأمين لا يكون إلا من حادث مستقبل غير محقق الوقوع ، أو غير معروف وقوعه .ثم إن الغرر في التأمين كثير وليس بيسير أو متوسط، لأن من أركان التأمين الخطر ، وهو حادث محتمل لا يتوقف على إرادة العاقدين ، والمؤمن له لا يستطيع معرفة ما يأخذ ويعطي وقت العقد .ويفهم من اشتمال التأمين على الغرر اشتماله أيضا على الجهالة، والجهالة في البدلين ظاهرة في التأمين، وهي جهالة مقدار ما يدفعه كل من طرفي العقد (المؤمن والمستأمن) للآخر، وهو قابل للكثرة والقلة، وكل هذا يجعل الجهالة فاحشة كثيرة تؤدي إلى إبطال العقد.فائدة:الغرر المؤثر في العقود: كونه في عقد المعاوضة، وكونه كثيرا، وكون المعقود عليه أصالة، وألا تدعو إلى العقد الحاجة المتعينة، عامة أو خاصة. والتأمين التجاري عقد معاوضة والغرر فيه كثير، والمعقود عليه أصالة، ولا تدعو إليه الحاجة المتعينة لأنه يمكن الاستغناء عنه بالتأمين التعاوني.ثالثا – ومن أسباب التحريم اشتماله على القمار، لما فيه من المخاطرة في معاوضات مالية، ومن الغرم بلا جناية أو تسبب فيها، ومن الغنم بلا مقابل، أو مقابل غير مكافئ، فإن المستأمن قد يدفع قسطا من التأمين، ثم يقع الحادث، فيغرم المؤمن كل مبلغ التأمين، وقد لا يقع الخطر، فيغنم المؤمن أقساط التأمين بلا مقابل، وإذا استحكمت فيه الجهالة كان قمارا، ودخل في عموم النهي عن الميسر في قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون، إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون) سورة المائدة / ٩٠-٩١رابعا – أخذ مال الغير بلا مقابل، وأخذ المال بلا مقابل في عقود المعاوضات التجارية محرم، لدخوله في عموم النهي في قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) سورة النساء / ٢٩خامسا – لما فيه من الإلزام بما لا يلزم شرعا، فإن المؤمن لم يحدث الخطر منه ، ولم يتسبب في حدوثه ، وإنما كان منه مجرد التعاقد مع المستأمن على ضمان الخطر على تقدير وقوعه مقابل مبلغ يدفعه المستأمن له ، والمؤمن لم يبذل عملا للمستأمن فكان حراما .ولهذه الأسباب وغيرها قرر مجلس المجمع الفقهي بالإجماع ، كما قرر مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية بالقرار

رقم (٥١) وتاريخ ١٣٩٧/٤/٤هـ ، تحريم هذا النوع من التأمين ، وجواز التأمين التعاوني .التأمين التعاونيإن المتأمل في أكثر بلاد المسلمين لا يرى أثرا لوجود بيت مال المسلمين، أو أنه موجود ولكنه لا يقوم بواجبه في مجال التأمين ، فماذا يفعل المسلم ؟ وهل يظل يعيش تحت ضغط الخوف من كل مفاجأة ؟ وهل كتب على المسلم إذا أراد أن يكون ملتزما بالإسلام أن يظل في قلق دائم حتى إذا حلت به مصيبة لم يستطع التغلب عليها وعاش في ضيق شديد ، وربما شغلته عن عبادته فضلا عن واجباته الإسلامية الأخرى ..فهل يتحمل المسلم سيئات عدم تطبيق النظم الإسلامية في كل شؤون الحياة..؟ لا نريد الاستطراد، ولكننا نريد أن نتحدث في هذا المجال عن التأمين التعاوني ليس باعتباره حلا بديلا مؤقتا يمكن أن يلجأ إليه المسلمون ، ولكن أيضا باعتباره وسيلة من وسائل تنظيم التكافل الإسلامي على أسس تتوافق تماما مع الأسس الشرعية للتكافل والتعاون.فما هو التأمين التعاوني؟يقوم هذا النوع على فكرة التعاون بين مجموعة من الأفراد يكونون جمعية ما ، حيث يتحملون جميعا مخاطر الكوارث والتعويض عنها ، عن طريق توزيع ذلك التعويض بينهم بما يخفف من آثاره وعبئه على الفرد ، وبمعنى آخر هو اتحاد يقوم بموجبه المؤمن لهم أنفسهم بالتعهد بدفع اشتراكات دورية وفق جدول متفق عليه لتغطية الخسائر التي يتعرض لها بعضهم في حالات معينة محتمل حدوثها في المستقبل ، ويكون هذا على سبيل التبرر والتبرع .فقد يقوم أهل حرفة واحدة أو أهل نمط واحد من أنماط العيش كأصحاب السيارات الخاصة مثلا ، أو أصحاب السيارات الأجرة أو أهل النقابة حيث تضمن هذه الفئة أو هذه النقابة درء الخطر النازل على أحد المشتركين فيها .ومعنى ذلك أن يكون المستأمن هو في الوقت نفسه مؤمن بالميم المشددة المكسورة، فهو يؤمن غيره ونفسه، وغيره يصنع صنيعه ، ولذلك سمي بالتأمين التبادلي التعاوني ، ويكون جميع المشتركين هم أصحاب الجمعية، أو الاتحاد، أو الشركة فيحافظ كل منهم عليها ، ويعمل على تقويتها ، وقد يتبرع الرجل بعمله في تنظيم الدفاتر وقيد الحسابات ، وهذا المناخ يمنع التحايل للابتزاز وأخذ مال غير مستحق، كما يحصل في شركات التأمين التجاري .ويمكن أن يقوم هذا التأمين في كل موقع عمل أو تجمع بين الزراع ، أو بين مالكي المصانع، أو بين العمال، أو التجار، أو أصحاب العقارات وهكذا ،بحيث يؤلف كل جماعة فيما بينهم اتحادا يؤمنهم تأمينا شاملا ، حسب النظام الذي يرتضونه .هل لهذا النوع من التأمين أصل شرعي؟." (١)

(١) المفصل في أحكام الربا، ١٣/٦

"طرح عدد من المهتمين بالاقتصاد الإسلامي عدة نماذج وتصورات للتأمين الإسلامي وتبنت جهات مالية إنشاء شركات تقوم بالتأمين من منظور إسلامي سمي أكثرها بالتعاوني وذلك في عدد من البلاد الإسلامية استفيد أكثرها من فكرة التأمين التعاوني لدى الغرب(٥١) إلا أن واقع هذه المؤسسات ليس بالضرورة مطابقا لمقصود المجامع العلمية التي أفتت بإباحة التأمين التعاوني وإنما هو تطبيق لنظريته لدى الهيئة الشرعية المؤسسة له .فقد يكون منها ما هو فكرة مطورة للتأمين التعاوني ومنه ما يكون تأمينا تجاريا بضوابط معينة أو حتى بصورته المعروفة(٥٢).ولذا صدر البيان المعروف من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية حيال بعض المؤسسات والشركات المتسمية بالتأمين التعاوني بأنها لا تمثل التأمين التعاوني التي أباحته هيئة كبار العلماء وإنما هو تأمين تجاري وتغيير اسمه لا يغير حقيقته) ٥٣).والحقيقة أن المؤسسات القائمة بالتأمين والساعية لتصحيح وضعها ومطابقته للبديل الإسلامي تواجه أمورا صعبة من أبرزها إعادة التأمين(٥٤) وهو أن تدفع شركة التأمين جزءا من أقساط التأمين التي تحصل عليها من جمهور المستأمنين لشركة إعادة تأمين تضمن لها في مقابل ذلك جزءا من الخسائر .فإذا وقع الخطر المؤمن ضده لجأ المستأمن إلى شركة التأمين التي تدفع له ثم تطالب شركة إعادة التأمين بدفع جزء من التعويض حسب الاتفاق المبرم بينهما .فتكون شركة التأمين المباشر كوسيط بين المستأمن وشركة إعادة التأمين وتعترف شركات التأمين الإسلامية بأنه لا قيام لها ولا ازدهار لصناعتها إلا بترتيبات إعادة التأمين(٥٥) وشركات إعادة التأمين الضخمة جميعها تجارية وقد بدأت الآن شركات إعادة تأمين تتبنى المنهج الإسلامي فيه(٥٦).الإلزام بالتأمين:من جملة ما طرح من أفكار في موضوع التأمين ما رآه الأستاذ محمد البهي حيث قرر حل التأمين بجميع أنواعه ورأى أنه يجب على الدولة الإلزام به لما فيه مصلحة.أما الدكتور محمد شوقي الفنجري فإن بعد أن قرر معارضته للتأمين التجاري وعدم شرعيته وأن التأمين التعاوني هو بديله المثالي قال: (ونرى لضمان نجاح التأمين التعاوني، في مثل ظروف المجتمعات العربية والتي تعاني من عدم كفاية الوعي التأميني مع ترامي مساحاتها الشاسعة وارتفاع إمكانياتها المالية؛ أن يكون التأمين إلزاميا في الأصل واختياريا في الحالات التي يقررها .وهو يكون إلزاميا بالنسبة للفئات التي يكثر لديها وقوع الخطر كأصحاب السيارات وأصحاب المصانع ، وبالنسبة للحالات المؤكد وقوعها كالمرض والشيخوخة والوفاة ..) (٥٧).ولي مع هذا الرأي وقفات:١- عقد التأمين عقد رضائي ، والعقود في الشريعة الإسلامية أساسها التراضي بين **طرفي العقد** . قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" [النساء:٢٩].عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم خطب الناس في حجة الوداع فقال: (لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه من طيب نفس) (٥٨).وقد اتفق جمهور أهل العلم على أن من أكره على قول أو عقد لم يترتب عليه حكم من الأحكام وكان لغوا(٥٩).وإذا ألزم أحد بعقد فات شرط التراضي فانعدمت الصحة فيه . والتأمين التعاوني أساسه التبرع ولا يتصور تبرع من مكره ! .مع أنه قد يصح تخريج ذلك بالنسبة للتأمين التجاري عند القائل به على نزع ملكية العقارات للصالح العام والتسعير وإلزام المحتكر على البيع بسعر المثل وإلزام أرباب المهن على العمل بأجرة المثل إذا امتنعوا عن العمل إلا بأجور فاحشة والناس بحاجة إلى منافعهم .إلا أن القول بهذا يحتاج إلى إثبات أن الحاجة إلى هذا النوع من التعاقد ضرورة عامة يصح أن تكون سببا لإلغاء أساس العقود الذي هو الرضا من طرفيه .وأن هذا العقد فعلا سبب لرفع هذه الضرورة .ثم إن صح هذا في التأمين التجاري وقد تقدم بيان حكمه فلا يصح في التعاوني الذي تقدم أن أساسه التبرع والمسامحة ولا يتصور تبرع إلا برضا الباذل .٢- أن في الإلزام بأمر هو محل خلاف بين أهل العلم نظرا واضحا . وقد سئل شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى عمن ولي أمرا من أمور المسلمين ومذهبه لا يجوز شركة الأبدان فهل يجوز له منع الناس ؟ . فأجاب : [ليس له منع الناس من مثل ذلك ، ولا من نظائره مما يسوغ فيه الاجتهاد ، وليس معه بالمنع نص من كتاب ، ولا سنة ، ولا إجماع ، ولا ما هو في معنى ذلك ؛ لاسيما وأكثر العلماء على جواز مثل ذلك وهو مما يعمل به عامة المسلمين في عامة الأمصار .وهذا كما أن الحاكم ليس له أن ينقض حكم غيره في مثل هذه المسائل ، ولا للعالم والمفتي أن يلزم الناس بإتباعه في مثل هذه المسائل ؛ ولهذا لما استشار الرشيد مالكا أن يحمل الناس على موطئه في مثل هذه المسائل منعه من ذلك . وقال إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تفرقوا في الأمصار ، وقد أخذ كل قوم من العلم ما بلغهم . وصنف رجل كتابا في الاختلاف ، فقال أحمد : لا تسمه كتاب الاختلاف ولكن سمه : كتاب السنة .ولهذا كان بعض العلماء يقول : إجماعهم حجة قاطعة واختلافهم رحمة واسعة . وكان عمر بن عبد العزيز يقول : ما يسرني أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يختلفوا ؛ لأنهم إذا اجتمعوا على قول فخالفهم رجل كان ضالا . وإذا اختلفوا فأخذ رجل بقول هذا ، ورجل بقول هذا كان في الأمر سعة . وكذلك قال غير مالك من الأئمة : ليس للفقيه أن يحمل الناس على مذهبه .ولهذا قال العلماء المصنفون في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من أصحاب الشافعي وغيره : إن مثل هذه المسائل الاجتهادية لا تنكر باليد ، وليس لأحد أن يلزم الناس بإتباعه فيها ؛ ولكن يتكلم فيها بالحجج العلمية فمن تبين له صحة أحد القولين تبعه ومن قلد أهل القول الآخر فلا إنكار عليه ونظائر هذه المسائل كثيرة] (٦٠).وليس هذا

من الحكم الذي يرفع الخلاف ، فإن ذلك في الأمور المعينة والمسائل الخاصة بموطنها . قال شيخ الإسلام : (الأمور المشتركة بين الأمة لا يحكم فيها إلا الكتاب والسنة ، ليس لأحد أن يلزم الناس بقول عالم ولا أمير ولا شيخ .. وحكام المسلمين يحكمون في الأمور المعينة لا يحكمون في الأمور الكلية ..) (٦١).وبناء على هذين الأمرين فإنه لا يظهر لي وجاهة ما قرره الأستاذان الفاضلان والله الموفق .وبعد! فهذا آخر ما تهم معرفته عن حكم هذا العقد أسأل الله تعالى أن يوفق للصواب لا إله إلا هو.(١) مختار الصحاح (ص٢٦)مادة (أ م ن) ، المنجد الأبجدي ص ٢٢٣ .(٢) المعجم الوسيط (٢٨/١) مادة (أمن) . ورمز له مج وهو اللفظ الذي أقره مجمع اللغة العربية .(٣) الوسيط في شرح القانون المدني للسنهودي (٧ / ١٠٨٠) ، نظام التأمين مصطفى الزرقا (ص ٣٣) .(٤) حاشية ابن عابدين (٤ / ١٧٠) .(٥) لفظ (سوكوه) لفظ شائع بمعنى عقد التأمين وهو مأخوذ من اللفظ الفرنسي (سيكورتيه) ومعناه الأمان والاطمئنان . نظام التأمين للزرقا (ص ٢٣) .(٦) انظر في النشأة التاريخية للتأمين بحث هيئة كبار العلماء بالسعودية له (ص ٣٨) ، المعاملات المالية المعاصرة د. محمد شبير (٩٧) ، التأمين في الشريعة والقانون د. غريب الجمال (ص ١١) .." (١)

"فاعلم أن البنوك والشركات الإسلامية وضعت بديلا شرعيا لما يسمى بشهادات الاستثمار، هذا البديل هو سندات المقارضة. ونحسب أن شهادات الشهامة التي تصدرها البنوك بالسودان من هذا النوع، لعلمنا أن القانون في السودان يحظر الربا، ولكننا لا نجزم بشرعية هذا النوع من الشهادات لأن المسألة تحتاج إلى اطلاع كامل على شروط الاكتتاب فيها، ونحن نسوق لك قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن سندات المقارضة، وعليك أن تقارن بين القرار وهذه الشهادات.جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع:بعد الاطلاع على الأبحاث المقدمة في الموضوع قرر ما ينبغي أن تكون عليه طبيعة صكوك المقارضة:أولا: سندات المقارضة هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصا شائعة في رأس مال المضاربة، وما يتحول إليه بنسبة ملكية كل منهم فيه. ويفضل تسمية هذه الأداة الاستثمارية (صكوك المقارضة).ثانيا: الصورة المقبولة شرعا لسندات المقارضة بوجه عام لا بد أن تتوافر فيها العناصر التالية:العنصر الأول: أن يمثل الصك ملكية شائعة في المشروع الذي أصدرت الصكوك لإنشائه وتمويله، وتستمر هذه الملكية طيلة المشروع من بدايته إلى نهايته، وترتب عليها جميع

---

(١) المفصل في أحكام الربا، ٣٧/٦

الحقوق والتصرفات المقررة شرعا للمالك في ملكه من بيع وهبة ورهن وإرث... وغيرها، مع ملاحظة أن الصكوك تمثل رأس مال المضاربة.العنصر الثاني: يقوم العقد في صكوك المقارضة على أساس أن شروط التعاقد تحددها نشرة الإصدار، وأن الإيجاب يعبر عنه (الاكتتاب) في هذه الصكوك، وأن القبول تعبر عنه موافقة الجهة المصدرية.ولا بد أن تشتمل نشرة الإصدار على جميع البيانات المطلوبة شرعا في عقد القراض (المضاربة) من حيث بيان معلومية رأس المال وتوزيع الربح مع بيان الشروط الخاصة بذلك الإصدار؛ على أن تتفق جميع الشروط مع الأحكام الشرعية.العنصر الثالث: أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك مأذونا فيه من المضارب عند نشوء السندات مع مراعاة الضوابط التالية:أ- إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب، وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقودا، فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد، وتطبق عليه أحكام الصرف.ب- إذا أصبح مال القراض ديونا تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام تداول التعامل بالديون.ج- إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقا للسعر المتراضى عليه؛ على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعيانا ومنافع.أما إذا كان الغالب نقودا أو ديونا فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض في المجمع في الدورة القادمة.وفي جميع الأحوال يتعين تسجيل التداول أصوليا في سجلات الجهة المصدرة.العنصر الرابع: أنه من يتلقى حصيلة الاكتتاب في الصكوك لاستثمارها وإقامة المشروع بها هو المضارب، أي عامل المضاربة، ولا يملك من المشروع إلا بمقدار ما يسهم به بشراء بعض الصكوك فهو رب مال بما أسهم به، بالإضافة إلى أن المضارب شريك في الربح، بعد تحققه بنسبة الحصة المحددة له في نشرة الإصدار، وتكون ملكيته في المشروع على هذا الأساس.وأن يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصكوك وعلى موجودات المشروع هي يد أمانة لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضمان الشرعي.ثالثا: مع مراعاة الضوابط السابقة في التداول يجوز تداول صكوك المقارضة في أسواق الأوراق المالية إن وجدت بالضوابط الشرعية، وذلك وفقا لظروف العرض والطلب ويخضع لإرادة العاقدين. كما يجوز أن يتم التداول بقيام الجهة المصدرة في فترات دورية معينة بإعلان أو إيجاب يوجه إلى الجمهور تلتزم بمقتضاه خلال مدة محددة بشراء هذه الصكوك من ربح مال المضاربة بسعر معين، ويحسن أن تستعين في تحديد السعر بأهل الخبرة وفقا لظروف السوق والمركز المالي للمشروع.كما يجوز الإعلان عن الالتزام بالشراء من غير الجهة المصدرة من مالها الخاص على النحو المشار إليه.رابعا: لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة

رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمنا بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل.خامسا: لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقاوضة الصادر بناء عليه على نص يلزم بالبيع، ولو كان معلقا أو مضافا إلى المستقبل، وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعدا بالبيع. وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبر اء وبرضا الطرفين.سادسا: لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصا يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح، فإن وقع كان العقد باطلا، ويترتب على ذلك:أ- عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو أصحاب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها .ب- إن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي، وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة، ويعرف مقدار الربح إما بالتنضيض (التحويل إلى نقد) أو بالتقويم للمشروع بالنقد. وما زاد عن رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة وفقا لشروط العقد.ج- أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع، وأن يكون معلنا وتحت تصرف حملة الصكوك.سابعا: يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتنضيض أو التقويم، ولا يلزم إلا بالقسمة.وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته وما يوزع على **طرفي العقد** قبل التنضيض يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.ثامنا: ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة إما من حصة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال.تاسعا: ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أوصكوك المقارضة وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن **طرفي العقد** بالتبرع بدون مقابل بمبلغ يخصص لجبر الخسران في مشروع معين على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة؛ بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد، وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزامهم بما يسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.والله أعلم.المفتي: مركز الفتوى بإشراف د.عبدالله الفقيه==============رقم الفتوى ٢٦١٥٤ ضيق ذات اليد هل يبيح التعامل بشهادات الاستثمارتاريخ الفتوى : ١٧ شوال ١٤٢٣السؤال." (١)

(١) المفصل في أحكام الربا، ٦/٨

"قد يقدم على هذه المبادرة انسجاما مع اعتبار نفسه مقصرا في الواقع ولو لم تستكمل صورة التقصير في الظاهر بما يحيل الضمان عليه. والقاعدة الشرعية أن المرء بسبيل من التصرف في ماله].
وينبغي أن يعلم أن مجمع الفقه الإسلامي أجاز ضمان رأس مال المضاربة من طرف ثالث عل سبيل التبرع كما ورد في القرار رقم ٥ من الدورة الرابعة: [ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد].
وخلاصة الأمر أن الأصل في عقد المضاربة أنه لا يجوز ضمان رأس مال المضاربة من المضارب إلا إذا تعدى أو قصر ويجوز أن يتبرع المضارب بضمان ما يلحق صاحب المال من خسارة عند وقوعها فعلا وليس عند انعقاد العقد على أن لا يكون التبرع بتحمل الخسارة شرطا ملفوظا أو ملحوظا عند العقد.
يحرم شراء بيت السكن بالربا
يقول السائل: أريد أن أشتري بيتا لأسكن فيه أنا وعائلتي ولا يوجد مجال أمامي للحصول على البيت سوى الاقتراض بالفائدة وأنا مضطر للجوء للبنك الربوي فما حكم ذلك؟
الجواب: إن الربا من أكبر الكبائر وتحريمه قطعي في كتاب الله." (١)
"المسئول عنها غايتها أن يكون بعضها مجهولا وقد ذكروا أنه لا يجوز لها أن تخالعه على رضاع ولده عامين قالوا فأن مات رجع بأجرة الباقي ومرادهم بذلك إذا لم تشترط أنه لا يرجع عليها إذا مات والله سبحانه وتعالى أعلم.(المسألة الخامسة عشرة) رجل وقف وقفا على اللاعي وهو الذي يسأل في المساجد أو عند أبواب المساجد ومات الموقف ثم بعد زمان طويل قام ابن الموقف وقال لنا قرابة ضعفا ويزعم أن مفت أفتاه بأنه أحق به والوقف معين على مسجد الجامع من تكلم فيه من فقير غريب أو غيره.(فالجواب) أن المشهور عند أكثر الفقهاء من الحنابلة وغيرهم أن مثل هذا لا يجوز صرفه إلى غير من ذكر الواقف إذا كان ذلك في جهة بر وقال الشيخ تقي الدين يجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه باختلاف الزمان كما لو وقف ذلك على الفقهاء والصوفية فأحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند قال في الانصاف

(١) فتاوى يسألونك، حسام الدين عفانة ٣٩٤/١٠

يتعين مصرف الوقف إلى الجهة المعينة له على الصحيح من المذهب ونقله الجماعة وقطع به أكثرهم وعليه الأصحاب ثم ذكر كلام الشيخ المتقدم والله أعلم.(المسألة السادسة عشرة) قول منصور في خيار المجلس بوكالة أو ولاية في بعض أفرادها مع ما في المغني من ذلك.(فالجواب) أن مراده بذلك أن الذي يتولى طرفي العقد لا يثبت له خيار المجلس لأنه هو البائع المشتري كالوكيل على بيع سلعة وشراها أو الولي إذا باع ما ولي عليه فأشتراه من نفسه لنفسه لأنه يتولى في ذلك طرفي العقد وعبارة منصور في شرح المنتهى ويثبت في بيع غير كتابة فلا خيار فيها تراد للعتق وغير تولي طرفي عقد في بيع بأن انفرد بالبيع واحد لولاية أو وكالة فلا خيار له كالشفيع وغير شراء منه يعتق عليه كرحمه المحرم لعتقه بمجرد انتقال الملك إليه في العقد أشبه ما لو مات قبل التفرق قال المنقح ويعترف بحريته قبل الشراء لأنه استقاذ لا يشري حقيقته لاعترافه بحريته ثم ذكر الصور التي تكون بمعنى البيع ويثبت فيها خيار كالصلح الذي بمعنى البيع وكقسمة وهبة بمعنى البيع وإجارة وما قبضه شرط لصحته كصرف وسلم وربوي بجنسه والله سبحانه وتعالى أعلم.(المسألة السابعة عشرة) الماء المتنجس بالتغيير وهو كثير إذا حوض وترك حتى صفي هل يطهر أم لا قياسا على الخمرة إذا انقلبت لقصد التخليل؟(الجواب) أن الذي ذكره الفقهاء أن الماء المتنجس بالنجاسة سواء تغير طعمه أو لونه أو ريحه فإنه لا يطهر حتى يزول التغير بنزحه أو مكاثرته بالماء أو بزوال تغيره بنفسه إذا كان كثيرا والكثير عند الحنابلة وغيرهم ما كان قلتين فأكثر. وأما التراب فالمشهور عندهم أنه لا يطهره لأنه لا يدفع النجاسة عن نفسه فعن غيره أولى قال." (١)

"فإن لم تحملا فقال أحمد: ترضيه بشيء، وهو المذهب. قال القاضي: لا شيء له، وتأول كلام أحمد: ترضيه بشيء، على الاستحباب. انتهى كلامه.فدل على صحة الخلع على المجهول، وهذه الصورة المسؤول عنها غايتها أن يكون بعضها مجهولا، وقد ذكروا أنه يجوز لها أن تخالعه على رضاع ولده عامين، قالوا: فإن مات رجع بأجرة الباقي، ومرادهم بذلك إذا لم تشترط أنه لا يرجع عليها إذا مات، والله –سبحانه وتعالى– أعلم.تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه(المسألة الخامسة عشرة) : رجل وقف وقفا على اللاعي، وهو الذي يسأل في المساجد، أو عند أبواب المساجد، ومات الموقف، ثم بعد زمان طويل قام ابن الموقف، وقال: لنا قرابة ضعفاء، ويزعم أن مفتيا أفتاه بأنه أحق به، والوقف معين على مسجد الجامع، من تكلم فيه من فقير غريب أو غيره.(فالجواب) : أن المشهور عند أكثر الفقهاء من الحنابلة وغيرهم أن مثل هذا لا يجوز صرفه إلى غير من ذكر الواقف إذا كان ذلك في جهة بر. وقال الشيخ تقي الدين: يجوز

---

(١) مجموعة الرسائل والمسائل والفتاوى حمد بن ناصر آل معمر ص/٩٠

تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه باختلاف الزمان، كما لو وقف ذلك على الفقهاء والصوفية، فاحتاج الناس إلى الجهاد، صرف إلى الجند. قال في الإنصاف: يتعين مصرف الوقف إلى الجهة المعينة له على الصحيح من المذهب، ونقله الجماعة، وقطع به أكثرهم، وعليه الأصحاب، ثم ذكر كلام الشيخ المتقدم، والله أعلم.من يثبت له خيار المجلس(المسألة السادسة عشرة) : قول منصور في خيار المجلس بوكالة، أو ولاية في بعض أفرادها مع ما في المغني من ذلك.(فالجواب) : أن مراده بذلك أن الذي يتولى **طرفي العقد** لا يثبت له خيار المجلس، لأنه هو البائع المشتري كالوكيل على بيع سلعة، وشراها." (١)

"أو الولي إذا باع ما ولي عليه، فاشتراه من نفسه لنفسه، لأنه يتولى في ذلك **طرفي العقد**، وعبارة منصور في شرح المنتهى: ويثبت في بيع غير كتابة، فلا خيار فيها تراد للعتق، وغير تولي طرفي عقد في بيع بأن انفرد بالبيع واحد لولاية أو وكالة، فلا خيار له كالشفيع، وغير شراء منه يعتق عليه كرحمة المحرم لعتقه بمجرد انتقال الملك إليه في العقد، أشبه ما لو مات قبل التفرق. قال المنقح: ويعترف بحريته قبل الشراء لأنه استنقاذ لا يشرى حقيقة لاعترافه بحريته، ثم ذكر الصور التي تكون بمعنى البيع ويثبت فيها خيار، كالصلح الذي بمعنى البيع، وكقسمة وهبة بمعنى البيع وإجارة، وما قبضه شرط لصحته كصرف وسلم وربوي بجنسه، والله –سبحانه وتعالى– أعلم.طهارة الماء المتنجس بالنجاسة بتصفيته(المسألة السابعة عشرة) : الماء المتنجس بالتغيير وهو كثير، إذا حوض وترك حتى صفي، هل يطهر أم لا؟ قياسا على الخمرة إذا انقلبت لقصد التخليل.(الجواب) : أن الذي ذكره الفقهاء أن الماء المتنجس بالنجاسة سواء تغير طعمه أو لونه أو ريحه، فإنه لا يطهر حتى يزول التغير بنزحه أو مكاثرته بالماء أو بزوال تغيره بنفسه إذا كان كثيرا. والكثير عند الحنابلة وغيرهم ما كان قلتين فأكثر. وأما التراب فالمشهور عندهم أنه لا يطهره؛ لأنه لا يدفع النجاسة عن نفسه، فعن غيره أولى. قال في الفروع: وقيل: بلى، وأطلق في الإيضاح روايتين، وللشافعي قولان. فعلى هذا إذا زال عنه أثر النجاسة بالكلية، ولم يبق فيه لون ولا طعم ولا ريح، فإنه يطهر لزوال النجاسة منه كالخمرة إذا انقلبت بنفسها خلا، وكذلك النجاسة إذا استحالت، والله – سبحانه وتعالى– أعلم.ائتم مسبوق بمسبوق في الصلاة(المسألة الثامنة عشرة) : مسبوق ائتم بمثله حالة دخولهما مع الإمام،." (٢)

---

(١) عدة رسائل في مسائل فقهية (مطبوع ضمن مجموعة الرسائل والمسائل النجدية، الجزء الثاني) حمد بن ناصر آل معمر ص/٨٧

(٢) عدة رسائل في مسائل فقهية (مطبوع ضمن مجموعة الرسائل والمسائل النجدية، الجزء الثاني) حمد بن ناصر آل معمر ص/٨٨

"وأن أولاد الأخ منصور رحمه الله طلبوا الشراء منها. وأنت الكيل الشرعي عليهم، وأن هذه الأرض ستباع قطعا مجزأة بموجب خريطة توضع لها، وسيتقرر سعر جميع قطعها بالسعر الذي سيتقرر للجميع. وتسأل: هل يجوز لك الشراء لهم من هذه الأرض والحال أن لك فيها اشتراك.والجواب: ما دام أن سعر جميع قطع الأراضي ستحدد كما ذكرتم فلا بأس أن تأخذ لهم بموجب السعر المحدد. ولا يحتاج في هذه الحالة إلى تعيين وكيل آخر يتولى الشراء لهم. وإذا كانوا يرغبون الواجهة كما ذكرت، ويعود ذلك بمصلحة عليهم: فهو أولى. وعليك الاجتهاد في اختيار ما فيه مصلحتهم. والسلام.رئيس القضاة(ص-م ١٦٩٢ في ١٧-٤-١٣٨٧هـ)١٨٥٩- هل يبيع العقار لموليهالمسألة التاسعة: هل يصح لغير أبي الصغير إذا كان وليا لليتيم التصرف بنفسه من نفسه، بأن يتولى طرفي العقد فيبيع عقاره على موليه.الجواب: لا يصح ذلك كما هو المشهور المفتى به، وهو المذهب.(من أسئلة الشيخ عبد الله بن دهيش لسماحة الشيخ محمد رحمه الله)١٨٥٩-٢ س: إذا باع الدلال، وقال المالك: ما أذنت لك بهذا الثمنج: الأصل مع المالك.(تقرير)." (١)

"قرار رقم (٥)بعد الاطلاع على الأبحاث المقدمة في موضوع (سندات المقارضة وسندات الاستثمار) والتي كانت حصيلة الندوة التي أقامها المجمع بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية بتاريخ ٦ - ٩ من محرم ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨/٠٨/٣٠ م تنفيذا لقرار رقم (١٠) المتخذ في الدورة الثالثة للمجمع وشارك فيها عدد من أعضاء المجمع وخبرائه وباحثي المعهد وغيره من المراكز العلمية والاقتصادية وذلك للأهمية البالغة لهذا الموضوع وضرورة استكمال جميع جوانبه للدور الفعال لهذه الصيغة في زيادة القدرات على تنمية الموارد العامة عن طريق اجتماع المال والعمل وبعد استعراض التوصيات العشر التي انتهت إليها الندوة ومناقشتها في ضوء الأبحاث المقدمة في الندوة وغيرهاقرر المجلس ما يلي:أولا:من حيث الصيغة المقبولة شرعا لصكوك المقارضة١ - سندات المقارضة هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصا شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه بنسبة ملكية كل منهم فيه ويفضل تسمية هذه الأداة الاستثمارية (صكوك المقارضة)٢ - الصورة المقبولة شرعا لسندات المقارضة بوجه عام لا بد أن تتوافر فيها العناصر التالية: العنصر الأولأن يمثل الصك ملكية حصة شائعة في المشروع الذي أصدرت الصكوك لإنشائه أو تمويله وتستمر هذه الملكية طيلة

---

(١) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ ٥١/٨

المشروع من بدايته إلى نهايته وترتب عليها جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعا للمالك في ملكه من بيع وهبة ورهن وإرث وغيرها مع ملاحظة أن الصكوك تمثل رأس مال المضاربة العنصر الثانييقوم العقد في صكوك المقارضة على أساس أن شروط التعاقد تحددها (نشرة الإصدار) وأن (الإيجاب) يعبر عنه الاكتتاب في هذه الصكوك وأن (القبول) تعبر عنه موافقة الجهة المصدرة ولا بد أن تشتمل نشرة الإصدار على جميع البيانات المطلوبة شرعا في عقد القراض (المضاربة) من حيث بيان معلومية رأس المال وتوزيع الربح مع بيان الشروط الخاصة بذلك الإصدار على أن تتفق جميع الشروط مع الأحكام الشرعية العنصر الثالثأن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك مأذونا فيه من المضارب عند نشوء السندات مع مراعاة الضوابط التالية:أ – إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقودا فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرفب – إذا أصبح مال القراض ديونا تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام تداول التعامل بالديونج – إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقا للسعر المتراضى عليه على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعيانا ومنافع أما إذا كان الغالب نقودا أو ديونا فتراعي في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة وفي جميع الأحوال يتعين تسجيل التداول أصوليا في سجلات الجهة المصدرة العنصر الرابعأن من يتلقى حصيلة الاكتتاب في الصكوك لاستثمارها وإقامة المشروع بها هو المضارب أي عامل المضاربة ولا يملك من المشروع إلا بمقدار ما قد يسهم به بشراء بعض الصكوك فهو رب مال بما أسهم به بالإضافة إلى أن المضارب شريك في الربح بعد تحققه بنسبة الحصة المحددة له في نشرة الإصدار وتكون ملكيته في المشروع على هذا الأساس وأن يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصكوك وعلى موجودات المشروع هي يد أمانة لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضمان الشرعية٣ – مع مراعاة الضوابط السابقة في التداول:يجوز تداول سندات المقارضة في أسواق الأوراق المالية إن وجدت بالضوابط الشرعية وذلك وفقا لظروف العرض والطلب ويخضع لإرادة العاقدين كما يجوز أن يتم التداول بقيام الجهة المصدرة في فترات دورية معينة بإعلان أو إيجاب يوجه إلى الجمهور تلتزم بمقتضاه خلال مدة محددة بشراء هذه الصكوك من ربح مال المضاربة بسعر معين ويحسن أن تستعين في تحديد السعر بأهل الخبرة وفقا لظروف السوق والمركز المالي للمشروع كما يجوز الإعلان عن الالتزام بالشراء من غير الجهة المصدرة من مالها الخاص على النحو المشار إليه٤ – لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص

بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمنا بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل٥ – لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقا أو مضافا للمستقبل و إنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعدا بالبيع وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء وبرضا الطرفين٦ – لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصا يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد باطلا ويترتب على ذلك:أ – عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليهاب – أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة ويعرف مقدار الربح إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد وما زاد عن رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة وفقا لشروط العقدج – أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلنا وتحت تصرف حملة الصكوك٧ – يستحق الربح بالظهور ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب٨ – ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود التنضيض الدوري وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال٩ – ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقدثانيا:استعرض مجلس المجمع أربع صيغ أخرى اشتملت عليها توصيات الندوة التي أقامها المجمع وهي مقترحة للاستفادة منها في إطار تعمير الوقف واستثماره دون الإخلال بالشروط التي يحافظ فيها على تأبيد الوقف وهي:أ – إقامة شركة بين جهة الوقف بقيمة أعيانه وبين أرباب المال بمال يوظفونه لتعمير الوقفب – تقديم أعيان الوقف (كأصل ثابت إلى من يعمل فيها بتعميرها من ماله بنسبة من الريع)ج – تعمير الوقف بعقد الاستصناع مع

المصاريف الإسلامية لقاء بدل من الريعد – إيجار الوقف بأجرة عينية هي البناء عليها وحده أو مع أجرة يسيرة وقد اتفق رأي مجلس المجمع مع توصية الندوة بشأن هذه الصيغ من حيث حاجتها إلى مزيد من البحث والنظر وعهد إلى الأمانة العامة الاستكتاب فيها مع البحث عن صيغ شرعية أخرى للاستثمار وعقد ندوة لهذه الصيغ لعرض نتائجها على المجمع في دورته القادمة." (١)

"الدورة الخامسةالقرار السابعالظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقديةعرضت على مجلس المجمع الفقهي الإسلامي مشكلة ما قد يطرأ بعد إبرام عقود التعهد ونحوها من العقود ذات التنفيذ المتراخي في مختلف الموضوعات من تبدل مفاجئ في الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير في ميزان التعادل الذي بنى عليه الطرفان المتعاقدان حساباتهما فيما يعطيه العقد كلا منهما من حقوق وما يحمله إياه من التزامات مما يسمى اليوم في العرف التعاملي بالظروف الطارئة وقد عرضت مع المشكلة أمثلة لها من واقع أحوال التعامل وأشكاله توجب التفكير في حل فقهي مناسب عادل يقضي على المشكلة في تلك الأمثلة ونظائرها الكثيرةأولا: في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلا غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييرا كبيرا بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ يجبر له جانبا معقولا من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعا رأى أهل الخبرة الثقاتثانيا: ويحق للقاضي أيضا أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير ولا يتضرر الملتزم له كثيرا بهذ، الإمهال هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقا للعدل الواجب بين طرفي العقد ومنعا للضرر المرهق لأحد المتعاقدين بسبب لا يد له فيه وإن هذا الحل

(١) الفتاوى الاقتصادية مجموعة من المؤلفين ص/٢٣

أشبه بالفقه الشرعي الحكيم وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها والله ولي التوفيق وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه." (١)

"فتوى رقم (٥٩)السؤالنرجو إفتاءنا هل يجوز الوكالة للعميل والحالات المحتملة في المرابحة والاعتماد المستندي؟الجوابأولا: إذا أعطت الشركة عميلا توكيلا للاستيراد باسمها ولصالحها فإنه لا مانع من أن يكون الاعتماد باسم العميل لأنه يقوم بالشراء مباشرة باسمه ولكن لصالح الموكل ومن حق الوكيل أن يتعاقد باسمه وله أن يصرح بأنه وكيل أو لا يصرح بذلك ثم عند وصول المستندات يتم عقد المرابحة بين الشركة بصفتها مالكا وبائعا وبين العميل بصفته مشتريا وذلك بعد أن يخبر الشركة بإتمام تنفيذ الوكالة أي بحصول ملك الشركة للسلعةثانيا: إذا أعطت الشركة وكالة للعميل لكى يشتري سلعة لصالح الشركة ثم يبيع تلك السلعة لنفسه وكان ثمن البيع محددا من قبل الشركة فإن ذلك جائز أيضا ويكون الوكيل قد تولى **طرفي العقد** فإن الوكيل تكون له صفتان: صفة الوكيل عن الشركة بالبيع لنفسه أو لمن شاء بثمن محدد وصفة ال أصيل عن نفسه للشراء ولكن لا بد من أن يرسل الوكيل (في هذه الحالة أيضا) إشعارا بأنه أنجز الوكالة وبأنه اشترى السلعة لنفسه ليحصل الفاصل بين الضمانين ولا يقع التداخل بين الضمانين المتتاليين أي ضمان الموكل (الشركة) ما بين فترة إنجاز الوكالة ولحظة البيع من الوكيل لنفسه وبين ضمان المشترى (الوكيل سابقا) لأنه بمجرد البيع لنفسه تدخل السلعة في ضمانه فإذا تلفت تتلف على حسابه لذا عليه أن يرسل إشعارا مؤرخا بأنه أنجز الوكالة ثم باع لنفسه وهذه الصورة غير مستحسنة بالرغم من جوازها وكونها جاءت في توصيات ندوة البركة الأولى في الفتاوي لأن دور الشركة يختفي تقريبا وتتعرض مصالحها للخطر إذ ربما يتملك الوكيل السلعة ويتأخر في الإشعار بالشراء وتتلف فيضيف التلف إلى الفترة التي كان فيها وكيلا ويدعى أنها أمانة لتحميل ضمانها على الشركةثالثا: إن إعطاء العميل سقفا ائتمانيا للمرابحة مع وكالة لشراء بضائع محليا إلخ يجب أن ترتب على المراحل التالية لضمان شرعيتها:أ) كتاب لمنح الائتمان وقيوده مع الدراسة والمستندات المتعلقة بذلك هذه كلها عبارة عن مواعداتب) بإبرام اتفاق كإطار عام يبين خطوات التنفيذ ويشار فيه للشروط العامة للتعامل كما يشار للمواعدة والأمر بالشراء وللوكالة المزمع عقدها والمرابحة التي ستعقد في حينها إلخ وهذا الاتفاق أيضا عبارة عن مواعدة وشروط يحال إليها العقود اللاحقةج) توقيع العميل أمرا بالشراء وإبرام وكالة بين الشركة وبينه للشراء لصالحهاد) وإعطاء الشيك لأمر العميل لتنفيذ الوكالة بالشراء لصالح الشركة ولا مانع من قيام العميل بتنفيذ الشراء باسمه لأنه وكيل ومن حقه ذلكه) بعد تنفيذ

---

(١) الفتاوى الاقتصادية مجموعة من المؤلفين ص/٦٢

الوكالة لابد من إبرام عقد مرابحة يشترى فيه العميل ما أصبح مملوكا للشركة بالثمن المحدد في المرابحة ويمكن إبرام عقد المرابحة هذا بتبادل إشعارين يتضمن الأول إشارة العميل لتنفيذ الوكالة وشرائه البضائع من الشركة ويتضمن الرد من الشركة بيعها البضاعة للعميل بالمرابحة مع تحديد الثمن والربح وهذا وإن الإكتفاء بتوقيع العميل على فاتورة منه بأنه المشترى (وتوقيع الشركة على الفاتورة بأنها البائع) لا يكفي فلا بد من المستند الصريح بإجراء الشراء والبيع سواء بالتوقيع على عقد خاص بذلك (عقد مرابحة) أو تبادل إيجاب وقبول بمضمون المرابحة (كما في البند هـ) وهذه المبادئ المبينة لا بد أن يتلوها تنظيم عقود ومستندات طبقا لها وإرسالها لاعتمادها." (١)

"فتوى رقم (٢٤)السؤالشخص غير بحريني يود شراء مرسيدس (سيارة شاحنة) عن طريق المرابحة والقانون لا يسمح للوافدين بامتلاك مثل هذه السيارات واتفق الشخص مع الشركة البائعة – والتي يعمل لديها – بأن يشترى منها السيارة عن طريق البنك على أن تبقى ملكية السيارة باسم الشركة ويكون هناك إقرار وتعهد من قبل الشركة بأن مالك السيارة هو فلان وأنه لا مانع لديها من رهنها لصالح بنك دبي الإسلامي – هذا الإقرار يسجل لدى المحكمة – يتم البيع بين البنك والشخص بصورة طبيعية والمطلوب بيان مدى صحة هذا المبيع؟الجوابهذه المعاملة وإن كانت جائزة شرعا غير أن القانون يحظر التعامل بها ويرتب عليها عقوبة جنائية لطرفي العقد مما قد يتسبب في إثارة مشاكل للبنك يحسن أن ينأى عنها لما يترتب عليها من أضرار." (٢)

"فتوى رقم (٢٠)السؤالأولا: هل يجوز تعيين وسيط يكون وكيلا عن البائع والمشترى في نفس الوقت؟ثانيا: وهل يجوز أن يقوم هذا الوسيط بالشراء والبيع دون إعلام المشتري أو البائع عن الجهة التي اشترى البضاعة منها أو الجهة التي باعها إليها وهل يشترط أن يكون السعر المتفق عليه محددا من قبل أحد الطرفين وتكون هذه التعليمات المسبقة منهما؟الجوابأولا: أجاز بعض الفقهاء أن الشخص الواحد يمكن أن يتولى طرفي العقد وتيسيرا على الناس لا بأس من الأخذ بهذا الرأيثانيا: الوكيل كالأصيل فيما فوض فيه فإن كانت الوكالة عامة فتصرفاته عن الموكل نافذة عليه وإن كانت خاصة فهو مقيد بما خصصت

---

(١) الفتاوى الاقتصادية مجموعة من المؤلفين ص/٢٠٦

(٢) الفتاوى الاقتصادية مجموعة من المؤلفين ص/٣٩٩

به الوكالة فإن عين الأصيل جهة ما للشراء منها أو البيع لها أو حدد ثمنا للبيع أو الشراء أو حدد مكانا أو زمانا تقيد تصرف الوكيل في حدود هذه الوكالة وإلا كان متصرفا لنفسه ولا ينفذ تصرفه على الموكل." (١)

"فالجواب: أن ذلك صحيح إذ لا مانع منه وقد نص على ذلك الفقهاء في (باب الوكالة) ، ولا يدخل ذلك في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه؛ لأن هذا قبض صحيح؛ لأن قبض وكيله كقبضه. وهذه وكالة صحيحة، ولا يقدح في ذلك كون الوكيل يتولى **طرفي العقد**.والمسألة الرابعة: فيمن قال: علي الطلاق لأفعلن كذا، ثم حنث وله زوجة ما الحكم؟فالجواب: أن هذه المسألة، الخلاف فيها مشهور بين السلف والخلف، وفيها روايتان عن أحمد:إحداهما: تطلق ثلاثا، صححه في التصحيح. قال في الروضة: هو قول جمهور أصحابنا؛ لأن الألف واللام للاستغراق، فتقتضي استغراق الكل وهو ثلاث.والرواية الثانية: لا تطلق إلا واحدة، وهو المذهب؛ لأنه يحتمل أن تعود الألف واللام إلى معهود يريد الطلاق الذي أوقعته.قال الموفق: والأشبه في هذا جميعا أن يكون واحدة في حال الإطلاق؛ لأن أهل العرف لا يعتقدونه ثلاثا، ولهذا ينكر أحدهم أن يكون طلق ثلاثا. ولا يعتقد إلا أنه طلق واحدة. انتهى.وإنما الروايتان عن أحمد، إذا قال ذلك وأطلق ولم ينو شيئا، فإن نوى ثلاثا فإنه يقع به ثلاث طلقات. وأما الشيخ تقي الدين فإنه فرق بين أن يقصد الحالف إيقاع الطلاق أو لا يقصد، فإن كان يكره وقوع الجزاء ولكنه علقه على شرط ليحث نفسه على فعل شيء أو تركه، فهذا يكون عنده من باب الأيمان، وتكون كفارته كفارة يمين، وإن كان يقصد إيقاع الطلاق ولا يكره وقوع الجزاء فهذا إذا وقع الجزاء وقع عليه الطلاق.." (٢)

"٦٣ – تبرع المضارب بضمان رأس مال المضاربةيقول السائل: إنه اتفق مع شخص ليتاجر له بماله والمتوقع بإذن الله تعالى أن تكون التجارة رابحة واحتمالات الخسارة ضئيلة جدا ولكن صاحب المال يخشى أن تخسر التجارة فهل يجوز أن أتبرع له بما يخسره إن حصلت الخسارة أفيدونا؟ الجواب: الاتفاق المشار إليه في السؤال يسمى عند الفقهاء عقد المضاربة ويسمى أيضا القراض، والمضاربة هي أن يدفع شخص مبلغا من المال لآخر ليتجر فيه، والربح مشترك بينهما على حسب ما يتفقان – أي يكون المال من شخص والعمل من شخص آخر. والمضاربة جائزة شرعا باتفاق الفقهاء وقامت الأدلة العامة على مشروعيتها من كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم وهو المأثور عن الصحابة والتابعين فقد كانوا يتعاملون بها من غير نكير فهذا بمثابة الإجماع على جوازها. انظر الشركات للخياط ٥٣/٢.قال الإمام

---

(١) الفتاوى الاقتصادية مجموعة من المؤلفين ص/٤٦٣

(٢) مجموعة الرسائل والمسائل النجدية (الجزء الأول) مجموعة من المؤلفين ص/٢٨٢

الماوردي: [والأصل في إحلال القراض وإباحته عموم قول الله عز وجل: (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) سورة البقرة الآية ١٩٨، وفي القراض ابتغاء فضل وطلب نماء] الحاوي الكبير ٣٠٥/٧.وجاء عن حكيم بن حزام صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أنه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالا مقارضة يضرب له به أن لا تجعل مالي في كبد رطبة ولا تحمله في بحر ولا تنزل به بطن مسيل فإن فعلت شيئا من ذلك فقد ضمنت مالي) رواه البيهقي والدارقطني وقوى الحافظ إسناده كما ذكر الشوكاني في نيل الأوطار ٣٠٠/٥.وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال: (خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى هاهنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما فقالا: وددنا ذلك ففعل وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهم المال فلما قدما باعا فأربحا فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالا: لا، فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما أديا المال وربحه فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص هذا المال أو هلك لضمناه فقال عمر: أدياه فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا فقال عمر: قد جعلته قراضا فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال) ورواه الدارقطني أيضا، قال الحافظ ابن حجر وإسناده صحيح، نيل الأوطار ٣٠٠/٥ وانظر الاستذكار ١٢٠/٢١. وقد وردت آثار أخرى عن الصحابة كعلي وابن مسعود وابن عباس وجابر وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين، قال الشوكاني: [فهذه الآثار تدل على أن المضاربة كان الصحابة يتعاملون بها من غير نكير إجماعا منهم على الجواز] نيل الأوطار ٣٠٠/٥-٣٠١.إذا تقرر هذا فإن الفقهاء متفقون على أن يد المضارب يد أمانة وبناء على ذلك قرر الفقهاء أنه لا يجوز أن يضمن المضارب رأس المال إلا إذا تعدى أو قصر فحينئذ يكون ضامنا قال الشيخ ابن قدامة المقدسي [إذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله أو اشترى شيئا نهي عن شرائه فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع وإياس والشعبي والنخعي والحكم وحماد ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ... ولنا أنه متصرف في مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان كالغاصب..] المغني ٣٩/٥.وأما إذا حصلت خسارة بدون تعد أو تقصير من المضارب فلا شيء عليه ولا يجوز شرعا تضمينه رأس المال ويكون المضارب قد خسر جهده

وتعبه.وإن شرط في عقد المضاربة أن ضمان رأس المال على المضارب فالعقد فاسد لا يصح قال ابن رشد المالكي عند حديثه عن الشروط الفاسدة في القراض (المضاربة) [ومنها إذا شرط رب المال الضمان على العامل، فقال مالك: لا يجوز القراض وهو فاسد، وبه قال الشافعي ... وعمدة مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد ...] بداية المجتهد ونهاية المقتصد ١٩٩/٢. وانظر المغني ٥٣/٥.وقرر مجمع الفقه الإسلامي ذلك كما ورد في القرار رقم ٥ من الدورة الرابعة [لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمنا بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل.]وبعد هذا العرض الموجز لمسألة ضمان المضارب أعود لقضية تبرع المضارب بتحمل الخسارة فأقول: إذا تبرع المضارب بتحمل الخسارة بدون أن يكون هذا شرطا مكتوبا أو ملحوظا عند الاتفاق فلا أرى مانعا من جوازه فإذا تم العقد مع خلوه من شرط ضمان رأس المال ملفوظا أو ملحوظا واشتغل المضارب بالمال وعند تصفية الشركة تبين حصول خسارة فتبرع المضارب بتحملها فالقول بجواز ذلك له وجه لأن هذا التبرع تم بدون إلزام أو شرط مسبق والمفسد لعقد المضاربة عند الفقهاء أن يشترط على المضارب ضمان رأس المال عند العقد وهنا لم يشرط ذلك عند العقد وإنما تبرع هو بالضمان بعد أن تحققت الخسارة فلا مانع منه وقال بجواز ذلك جماعة من فقهاء المالكية. انظر المضاربة الشرعية ص ١٢٧. فتاوى المستشار الشرعي لمجموعة البركة الجزء ٢ الفتوى رقم ١٠٧.وهذا القول أخذت به بعض المؤسسات المالية التي تتعامل وفق أحكام الشريعة الإسلامية فقد جاء في فتاوى المستشار الشرعي لمجموعة البركة الجزء ١ الفتوى رقم ٤٤ [... على أنه لا مانع من أن تكون هناك مبادرة من العميل بتحمل ما قد يقع من خسارة في حينها – لا عند التعاقد لأن ذلك من قبيل الهبة والتصرف من صاحب الحق في حقه ، دون تغيير لمقتضى العقد شرعا. فحين وقوع الخسارة دون تعد أو تقصير يطبق المبدأ الشرعي بتحميلها لرب المال (البنك هنا) إلا أن يبادر العميل لتحملها ودون مقاضاته أو إلزامه ، لأنه قد يقدم على هذه المبادرة انسجاما مع اعتبار نفسه مقصرا في الواقع ولو لم تستكمل صورة التقصير في الظاهر بما يحيل الضمان عليه. والقاعدة الشرعية أن المرء بسبيل من التصرف في ماله] .وينبغي أن يعلم أن مجمع الفقه الإسلامي أجاز ضمان رأس مال المضاربة من طرف ثالث عل سبيل التبرع كما ورد في القرار رقم ٥ من الدورة الرابعة [ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن **طرفي العقد** بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران

في مشروع معين، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد]وخلاصة الأمر أن الأصل في عقد المضاربة أنه لا يجوز ضمان رأس مال المضاربة من المضارب إلا إذا تعدى أو قصر ويجوز أن يتبرع المضارب بضمان ما يلحق صاحب المال من خسارة عند وقوعها فعلا وليس عند انعقاد العقد على أن لا يكون التبرع بتحمل الخسارة شرطا ملفوظا أو ملحوظا عند العقد.." (١)

"أسهم الخيار في البورصة العالميةالمجيب د. سامي بن إبراهيم السويلمباحث في الاقتصاد الإسلاميالمعاملات/ البيوع/بيع الأسهم والسنداتالتاريخ ١٤٢٣/٣/٣السؤالما حكم شراء أسهم الخيار في البورصة العالمية، حيث إنني من المضاربين فيها، وأتحرى موافقة الشرع في ذلك، وسهم الخيار يعطي المضارب عند شرائه لهذا السهم أن يبيع السهم بعد مدة بالسعر الذي اشترى به حتى لو نزل السعر؟الجوابخيارات الأسهم المتداولة في الأسواق العالمية، سواء كانت خيارات شراء (call options) أو خيارات بيع (put options) هي من عقود الغرر المنهي عنها شرعا، وبذلك صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة عام ١٩٩٢م برقم ٦٣.والذي جعل هذه العقود من الغرر أن وظيفتها مرهونة بتغير السعر، بحيث لا تسمح بربح كلا طرفي العقد، ففي خيار الشراء يدفع المشتري مبلغا معينا (premium) ، بحيث يكون له الحق في شراء السهم، أو الأسهم بسعر ثابت طوال مدة الخيار، فإذا ارتفع سعر السوق لهذه الأسهم عند الأجل، نفذ المشتري البيع فيربح الفرق بين سعر السوق وسعر التنفيذ (strike price) ، وكذلك الحال بالنسبة لخيار البيع، حيث يدفع مالك الأسهم مبلغا محددا مقابل أن يكون له الحق في بيع الأسهم بسعر ثابت طوال مدة العقد، فإذا هبط سعر السوق عند الأجل نفذ المالك البيع فيربح الفرق بين سعر السوق وسعر التنفيذ، وبطبيعة الحال فإن هذا الربح بعينه يمثل خسارة للطرف الآخر، إذ لو كان اتجاه تغير السعر معلوما مسبقا لما تم العقد؛ لأنه سيمثل خسارة محققة لأحدهما.فالاختيارات من أدوات المجازفة على الأسعار، وهي من ضمن العقود التي جعلت الاقتصادي الفرنسي موريس آلية يصف البورصات

---

(١) فتاوى د حسام عفانة حسام الدين عفانة ٦٣/١٢

العالمية بأنها "كازينوهات قمار ضخمة"، وذلك أن حقيقة القمار هي أن يربح أحد الطرفين على حساب الآخر، وهذا بالضبط ما يحصل في عقود الاختيارات في الأسواق الدوليةِ.." (١)

"تولي الزوج طرفي عقد النكاحالمجيب د. محمد بن عبد العزيز المباركعضو هيئة التدريس بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلاميةالتصنيف الفهرسة/ فقه الأسرة/ النكاح/شروط صحة النكاحالتاريخ ١٤٢٥/٣/٩هالسؤالهل يجوز أن يكون الزوج هو ولي المرأة بالنيابة حال العقد، كأن يكون مثلا ابن عمها ويوكل من قبل أبيها على أن يكون الولي فيحصل منه الإيجاب والقبول من نفسه؟.الجوابالحمد لله وحده، والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد:ما ذكره السائل _وفقه الله_ يعبر عنه أهل العلم بقولهم ولي المرأة التي يحل له نكاحها وهو ابن العم أو المولى أو الحاكم أو السلطان إذا أذنت له أن يتزوجها ، فله ذلك، وهل له أن يلي طرفي العقد بنفسه، قد اختلف العلماء في ذلك، لكن الذي يظهر المنع منه وهو قول الإمامين الشافعي وأحمد، وطائفة من أهل العلم.وعليه فلا يجوز أن يتولى طرفي العقد ، ولكن يوكل رجلا يزوجه إياها بإذنها، قال الإمام الشافعي يزوجهما السلطان أو ولي آخر مثله أو أقعد منه، وقال أحمد في رواية ابن منصور: لا يزوج نفسه حتى يولى رجلا ومن الأدلة على ذلك ما جاء عن المغيرة بن شعبة –رضي الله عنه– أنه أراد أن يتزوج امرأة وهو وليها فجعل أمرها إلى رجل المغيرة أولى منه فزوجه رواه البخاري تعليقا في كتاب: النكاح، باب: إذا كان الولي هو الخاطب.وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٠٥٠٢) عن الثوري وقال فيه: فأمر أبعد منه فزوجه، وأيضا فإن الولاية شرط في العقد فلا يكون الناكح منكحا كما لا يبيع من نفسه. والله أعلم.." (٢)

"زواج المسيارالمجيب أحمد بن عبد الرحمن الرشيدعضو هيئة التدريس بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلاميةالتصنيف الفهرسة/ فقه الأسرة/ النكاح/زواج المسيار والزواج العرفي والزواج بنية الطلاقالتاريخ ١٤٢٥/١/٢٩هالسؤالالسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.أريد تزويدي ببعض المراجع التي تتكلم عن نكاح المسيار.الجوابوعليكم السلام ورحمة الله وبركاته.الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:فإن نكاح المسيار عقد نكاح كسائر عقود النكاح، لا فرق بينه وبينها في حقيقة العقد، ولا في أركانه وشروطه، وإنما يفترقان في بعض متعلقات العقد، وذلك بتنازل أحد طرفي العقد عن بعض حقوقه المشروعة، ووجه ذلك أن المرأة في نكاح المسيار

(١) فتاوى واستشارات الإسلام اليوم مجموعة من المؤلفين ٣٧٩/٨

(٢) فتاوى واستشارات الإسلام اليوم مجموعة من المؤلفين ٦٨/١١

تتنازل عن بعض حقوقها على زوجها؛ فهي تتنازل عن حقها في النفقة والمبيت بحيث لا يلتزم الزوج بالنفقة عليها ولا المبيت عندها، والإنسان كما يجوز له المطالبة بحقوقه الخاصة به، فإنه يجوز له أن يتنازل عنها أو عن بعضها، وبما أن نكاح المسيار لا يختلف عن غيره من عقود النكاح في الماهية، وإنما يختلف عنها في إسقاط بعض الحقوق؛ فإن كتب الفقه التي تناولت عقد النكاح عموما تعد من المراجع والكتب التي تتحدث عن نكاح المسيار، وذلك عندما يتعرض مؤلفوها لحقوق الزوج على زوجته وحقوق الزوجة على زوجها، وما يجوز إسقاطه من هذه الحقوق وما لا يجوز ونحو ذلك، ومن الكتب المؤلفة فيما يتعلق بنكاح المسيار بخصوصه كتاب: (زواج المسيار دارسة فقهية واجتماعية نقدية) لعبد الملك بن يوسف المطلق. والله الموفق، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه.." (١)

"خيارات الأسهم في البورصات العالمية!المجيب د. سامي بن إبراهيم السويلمباحث في الاقتصاد الإسلاميالتصنيف الفهرسة/الجديدالتاريخ ١٤٢٦/١٢/١٧هالسؤالما حكم شراء أسهم الخيار في البورصة العالمية، حيث إنني من المضاربين فيها، وأتحرى موافقة الشرع في ذلك، وسهم الخيار يعطي المضارب عند شرائه لهذا السهم أن يبيع السهم بعد مدة بالسعر الذي اشترى به حتى لو نزل السعر؟الجوابالحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد:فخيارات الأسهم المتداولة في الأسواق العالمية، سواء كانت خيارات شراء (call options) أو خيارات بيع (put options) هي من عقود الغرر المنهي عنها شرعا، وبذلك صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة عام (١٩٩٢م) برقم (٦٣) .والذي جعل هذه العقود من الغرر: أن وظيفتها مرهونة بتغير السعر، بحيث لا تسمح بربح كلا طرفي العقد، ففي خيار الشراء يدفع المشتري مبلغا معينا ، (premium) بحيث يكون له الحق في شراء السهم، أو الأسهم بسعر ثابت طوال مدة الخيار، فإذا ارتفع سعر السوق لهذه الأسهم عند الأجل، نفذ المشتري البيع فيربح الفرق بين سعر السوق وسعر التنفيذ (strike price) ، وكذلك الحال بالنسبة لخيار البيع، حيث يدفع مالك الأسهم مبلغا محددا مقابل أن يكون له الحق في بيع الأسهم بسعر ثابت طوال مدة العقد، فإذا هبط سعر السوق عند الأجل نفذ المالك البيع فيربح الفرق بين سعر السوق وسعر التنفيذ، وبطبيعة الحال فإن هذا الربح بعينه يمثل خسارة للطرف الآخر، إذ لو كان اتجاه تغير السعر معلوما مسبقا لما تم العقد؛ لأنه سيمثل خسارة محققة لأحدهما.فالاختيارات من أدوات المجازفة على الأسعار، وهي من ضمن العقود التي جعلت الاقتصادي الفرنسي موريس آليه يصف البورصات العالمية بأنها "كازينوهات قمار ضخمة"، وذلك أن حقيقة القمار

---

(١) فتاوى واستشارات الإسلام اليوم مجموعة من المؤلفين ١١/٩٧

هي أن يربح أحد الطرفين على حساب الآخر، وهذا بـالـضبط ما يحصل في عقود الاختيارات في الأسواق الدولية.وهذا بخلاف عمليات البيع والشراء العادية للأسهم (التي لا تنطوي على محظور شرعي) ؛ لأن عقد البيع عقد فوري ينتهي بمجرد إبرام الصفقة، فيكون لكل طرف كامل الحرية في التصرف بعد التعاقد، دون أي التزام من أحد الطرفين للآخر، أما عقد الاختيار فهو عقد مؤجل يلتزم فيه أحد الطرفين للآخر بتحمل مخاطر السعر مدة الخيار، فحقيقة العقد أن مصدر الخيار يقدم التزاما أو ضمانا للطرف الآخر بتنفيذ العقد عند السعر المتفق عليه، فهو عقد معاوضة على ضمان السعر، ولذلك يعد الاختيار من عقود التأمين في واقع الأمر، ولذلك يستخدم للتأمين على المحافظ الاستثمارية (portfolio insurance) ، ومعلوم أن عقد التأمين (التجاري) عقد غرر باتفاق المجامع الفقهية، والعلة واحدة في الأمرين، والعلم عند الله -تعالى-.." (١)

"أبحاث هيئة كبار العلماء المجلد الأول: ص٢٩٣-٢٩٦قرار هيئة كبار العلماءرقم (٢٥) وتاريخ١٣٩٤/٨/٢١هالشرط الجزائيهيئة كبار العلماء ١٤٢٦/٨/٢٢ ٢٠٠٥/٠٩/٢٦الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده محمد، وعلى آله وصحبه وبعد:فبناء على ما تقرر في الدورة الرابعة لمجلس هيئة كبار العلماء المنعقدة فيما بين ١٠/٢٨/و١٣٩٣/١١/١٤ه من الرغبة في دراسة موضوع (الشرطة الجزائي) - فقد جرى إدراجه في جدول أعمال الهيئة في دورتها الخامسة، المنعقدة فيما بين٥و١٣٩٤/٨/٢٢ه في مدينة الطائف.ثم جرى دراسة الموضوع في هذه الدورة بعد الإطلاع على البحث المعد في ذلك من قبل اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء.ثم جرى دراسة الموضوع في هذه الدورة بعد الاطلاع على البحث المعد في ذلك من قبل اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء.وبعد مداولة الرأي والمناقشة، واستعراض المسائل التي يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائي، ومناقشة توجيه قياسه على تلك المسائل والإيراد، وتأمل قوله تعالى:"يا أيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود" [سورة المائدة ١] وما روى عنه صلى الله عليه وسلم من قوله:"المسلمون على شروطهم، إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"ولقول عمر رضي الله عنه: (مقاطع الحقوق عند الشروط) والاعتماد على القول الصحيح: من أن الأصل في الشروط الصحة، وأنه لا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا.واستعراض ما ذكره أهل العلم من تقسم الشروط في العقود إلى صحيحة، وفاسدة، وتقسيم الصحيحة إلى ثلاثة أنواع:أحدها: شرط يقضيه العقد؛ كاشتراط صفة في الثمن؛ كالتأجيل، أو الرهن، أو الكفيل به، أو صفة في المثمن،

---

(١) فتاوى واستشارات الإسلام اليوم مجموعة من المؤلفين 61/٢٤٣

ككون الأمة بكرا.الثاني: شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كالتأجيل أو الرهن، أو الكفيل به، أو صفة في المثمن، ككون الأمة بكرا.الثالث: شرط فيه م نفعة معلومة، وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته، ولا منافيا لمقتضاه؛ كاشتراط البائع سكنى الدار شهرا.وتقسيم الفاسدة إلى ثلاثة أنواع:أحدها: اشتراط أحد طرفي العقد على الطرف الثاني عقدا آخر؛ كبيع، أو إجارة، ونحو ذلك.الثاني: اشتراط ما ينافي مقتضى العقد؛ كأن يشترط في المبيع ألا خسارة عليه، أو ألا يبيع أو يهب ولا يعتق.." (١)

"رقم القرار: ١رقم الدورة: ٧حول سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة)مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن رابطة العالم الإسلامي ١٥/١٠/١٤٢٥/٢٨١١/١١/٢٠٠٤حول سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة) :الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، سيدنا ونبينا محمد. وبعد: فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، قد نظر في موضوع سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة) ، وما يعقد فيها من عقود: بيعا وشراء على العملات الورقية وأسهم الشركات، وسندات القروض التجارية والحكومية، والبضائع، وما كان من هذه العقود على معجل، وما كان منها على مؤجل. كما اطلع مجلس المجمع على الجوانب الإيجابية المفيدة لهذه السوق في نظر الاقتصاديين والمتعاملين فيها، وعلى الجوانب السلبية الضارة فيها.(أ) فأما الجوانب الإيجابية المفيدة فهي:أولا: أنها تقيم سوقا دائمة، تسهل تلاقي البائعين والمشترين، وتعقد فيه ا العقود العاجلة والآجلة، على الأسهم والسندات والبضائع.ثانيا: أنها تسهل عملية تمويل المؤسسات الصناعية، والتجارية، والحكومية، عن طريق طرح الأسهم وسندات القروض للبيع.ثالثا: أنها تسهل بيع الأسهم، وسندات القروض للغير، والانتفاع بقيمتها، لأن الشركات المصدرة لها، لا تصفي قيمتها لأصحابها.رابعا: أنها تسهل معرفة ميزان أسعار الأسهم، وسندات القروض والبضائع، وتموجاتها في ميدان التعامل، عن طريق حركة العرض والطلب.(ب) وأما الجوانب السلبية الضارة في هذه السوق فهي:أولا: أن العقود الآجلة التي تجري في هذه السوق، ليست في معظمها بيعا حقيقيا، ولا شراء حقيقيا، لأنها لا يجري فيها التقابض بين طرفي العقد فيما يشترط له التقابض في العوضين أو في أحدهما شرعا.ثانيا: أن البائع فيها، غالبا يبيع ما لا يملك، من عملات، أو أسهم، أو سندات قروض، أو بضائع، على أمل شرائه من السوق، وتسليمه في الموعد، دون أن يقبض الثمن عند العقد، كما هو الشرط في السلم.ثالثا: أن المشتري فيها غالبا، يبيع ما اشتراه لآخر قبل قبضه، والآخر يبيعه أيضا لآخر قبل قبضه، وهكذا يتكرر البيع والشراء على الشيء ذاته قبل قبضه، إلى أن تنتهي الصفقة إلى المشترى الأخير الذي قد يريد أن يتسلم

---

(١) فتاوى واستشارات الإسلام اليوم مجموعة من المؤلفين ٢٤٥/١٧

المبيع من البائع الأول، الذي يكون قد باع ما لا يملك، أو أن يحاسبه على فرق السعر في موعد التنفيذ، وهو يوم التصفية، بينما يقتصر دور المشترين والبائعين غير الأول والأخير، على قبض فرق السعر في حالة الربح، أو دفعه في حالة الخسارة، في الموعد المذكور، كما يجري بين المقامرين تماما.رابعا: ما يقوم به المتمولون، من احتكار الأسهم والسندات والبضائع في السوق، للتحكم في البائعين الذين باعوا ما لا يملكون، على أمل الشراء قبل موعد تنفيذ العقد بسعر أقل، والتسليم في حينه، وإيقاعهم في الحرج.." (١)

"٧- يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته، وما يوزع على **طرفي العقد** قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.٨- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال.٩- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن **طرفي العقد** بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.ثانيا: استعرض مجلس المجمع أربع صيغ أخرى اشتملت عليها توصيات الندوة التي أقامها المجمع، وهي مقترحة للاستفادة منها في إطار تعمير الوقف واستثماره دون الإخلال بالشروط التي يحافظ فيها على تأبيد الوقف وهي:أ- إقامة شركة بين جهة الوقف بقيمة أعيانه وبين أرباب المال بما يوظفونه لتعمير الوقف.ب- تقديم أعيان الوقف - كأصل ثابت - إلى من يعمل فيها بتعميرها من ماله بنسبة من الريع.ج- تعمير الوقف بعقد الاستصناع مع المصارف الإسلامية، لقاء بدل من الريع.د- إيجار الوقف بأجرة عينية هي البناء عليه وحده، أو مع أجرة يسيرة.وقد اتفق رأي مجلس المجمع مع توصية الندوة بشأن هذه الصيغ من حيث حاجتها إلى مزيد من البحث والنظر، وعهد إلى الأمانة العامة

---

(١) فتاوى واستشارات الإسلام اليوم مجموعة من المؤلفين ٢٨٨/١٧

الاستكتاب فيها، مع البحث عن صيغ شرعية أخرى للاستثمار، وعقد ندوة لهذه الصيغ لعرض نتائجها على المجمع في دورته القادمة.والله أعلم." (١)

"الأمير يقول إن بيعه أصلح، فلا أمنع منه ؛ وإن كان الأمير والجماعة يقولون: عدمه أصلح، فالذي أرى أن البيع لا يتم.سئل الشيخ محمد بن إبراهيم: هل يصح لغير أبي الصغير إذا كان وليا لليتيم التصرف بنفسه من نفسه، بأن يتولى طرفي العقد، فيبيع عقاره على موليه؟فأجاب: لا يصح ذلك، كما هو المشهور، المفتى به، وهو المذهب." (٢)

"وهذا مبنى على مسألة مشهورة وهي: هل يتولى شخص واحد طرفي العقد بنفسه؟

فعند الشافعية المنع إلا الجد، فيصح أن يزوج بنت ابنه بابن ابنه الآخر في الأصح عندهم١.

وأما الجمهور٢ فعلى الجواز، فيتولى ابن العم – مثلا – طرفي الإيجاب والقبول بنفسه لنفسه، وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

---

١ انظرللشافعية: روضة الطالبين (٥٨/٧) والمنهاج ومغنى المحتاج (١٦٣/٣) .

٢ انظرللحنفية: الهداية وفتح القدير والعناية (٣٠٥/٣-٣٠٧) .

وللمالكية: الخرشي والعدوي (١٩٠/٣) .

وللحنابلة: كشاف القناع (٦٢/٥) .." (٣)

---

(١) فتاوى واستشارات الإسلام اليوم مجموعة من المؤلفين ٢٩٣/١٧

(٢) الدرر السنية في الأجوبة النجدية مجموعة من المؤلفين ٢٩٠/٦

(٣) الولاية في النكاح عوض بن رجاء العوفي ١٧٤/٢